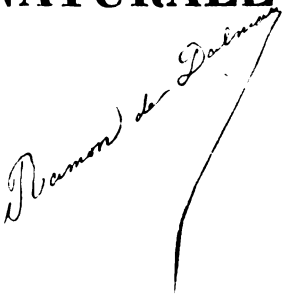
TRENDELENBURG

DRITTO NATURALE



Digitized by Google

Digitized by Google

74

DRITTO NATURALE

SULLA BASE DELL' ETICA

« Poichè tutte le leggi umane sono alimentate da un sol principio divino ».
ERACLITO.

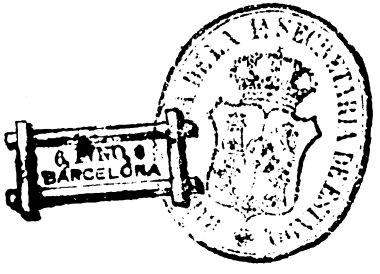
DI

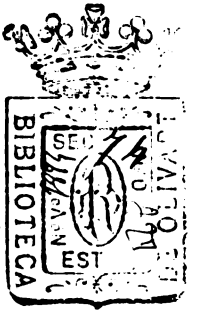
ADOLFO TRENDELENBURG

1.ª versione Italiana sulla 2.ª edizione Tedesca

DELL' AVV.

NICCOLA MODUGNO





NAPOLI
PRESSO NICCOLA JOVENE LIBRAIO-EDITORE
Trinità Maggiore 39, e Toledo 72.
1873

Digitized by Google

Proprietà Letteraria

STABILIMENTO TIPOGRAFICO DELLA SIRENA
Palazzo Piccolo Tommasi

BK 2004

Digitized by Google

AL

D.r VINCENZO MODUGNO

SUO FIGLIO

Digitized by Google

Digitized by Google

AL SIGNORE

EDUARDO BÖCKING

IN BONN

in grato e cordiale contraccambio

L' AUTORE

Digitized by Google

Digitized by Google

DALLA PREFAZIONE ALLA PRIMA EDIZIONE

Sotto il vecchio nome di Dritto Naturale l'autore offre in questo compendio una ricerca dei principî del dritto e delle basi che ne derivano. Ei mirò in quest'opera a richiamare nel campo della filosofia questa disciplina, che, pur nata nelle scuole filosofiche, fu nei nuovi tempi coltivata in un modo speciale dai giuristi.

I principî del dritto sono stati considerati nei nuovi tempi da un lato meccanicamente, secondo la scuola che fa derivare il dritto dai rapporti esteriori degli uomini e non cerca che l' utile dell' individuo come tale; e dall' altro teologicamente, sul dato della supposta rivelazione positiva. I primi sono al di sotto, i secondi al di sopra dell' Etica. Però quest' ultimo indirizzo in opposizione del primo ha essenzialmente cooperato al risorgimento di una nozione più profonda del dritto. Se si avesse in mira di non afferrare i principî nè troppo in alto, nè troppo in basso, ma sì di trovare il vero punto da cui scaturisce il dritto, fra questi due modi diversi di considerare il dritto si troverebbe in mezzo l' etica: ed è questo un vecchio sistema di cercare nell' etica le vive sorgenti del dritto.

Per altro anche quelli, i quali non hanno mai staccato il dritto dall' etica, non sono d' accordo nel determinare

Digitized by Google

in qual senso e in quale attinenza il dritto stia coll'etica.

L'autore seguì riguardo ai principî e al metodo la sua via speciale, quella cioè che gli seppero tracciare le sue *Ricerche Logiche*.

Nella prima parte del presente scritto ei s'è studiato di rintracciare e dimostrare mercè critica e minuta ricerca il principio del dritto; e nella seconda di presentarlo nelle sue varie sfere — dal dritto di proprietà fino al dritto internazionale — Entrambe queste parti però devono andare di concerto, come colla ricerca va l'applicazione.

Secondo le *Ricerche logiche* il compito era di considerare il dritto eticamente, l'etica organicamente, e l'organico ideale in reale. Se ciò fosse riuscito, il mio compendio potrebbe avere la speranza di connettersi qual membro, ad un sistema razionale più vasto dell'umanità, in cui la filosofia avrà un avvenire, poichè, ad eccezione dei passageri propositi di filosofare a salti, essa ha un grande e non interrotto possato fin da Platone ed Aristotile.

Il determinare i limiti di ciò che debbe accogliersi in questo sommario per descrivere un tutto in uno spazio angusto, presentò una peculiare difficoltà. Nella seconda parte, ossia nella esposizione dei rapporti del dritto tratti dal Principio, fu necessario passare dal generale nelle parti speciali e storiche, quanto bastasse a dimostrare che i principî esposti nella prima parte si concretizzano nel loro sviluppo, e rivelano i vari ordini del dritto secondo le idee che lor sono di base. L'autore rinunziò ad una esposizione più ampia della parte speciale, poichè ciò avrebbe menato ad uno studio filoso-

Digitized by Google

fico della storia del dritto, e perchè convinto che lo sviluppo delle idee fondamentali riesce facile, quando ciò che si espone è giusto. Oltracciò le annotazioni procurano di dare dei cenni sulla storia delle nozioni.

Nella prima parte, ricerca dei principî, era difficile la limitazione, ma necessaria una stretta brevità. Il dritto naturale sulla *base* dell' etica non dovea convertirsi in un' etica, ma dovea accogliere da quella sol ciò che la nozione del dritto strettamente richiedea, tenendo lontano tutto il resto, e segnandone solo con pochi tratti la connessione.

In questa prima parte l' esame dei principî dovea menarci anche alla logica del dritto, la cui conoscenza è egualmente importante ed efficace per comprendere l'origine e l' applicazione del dritto. Nei trattati della filosofia del dritto finora venuti alla luce questa parte è appena toccata, e tal difetto è in essi una sensibile lacuna.

Per intendere poi gli altri principî e per formarsene un criterio logico fu necessità rimandare alle *Ricerche logiche*.

Berlino il 10 *Aprile* 1860.

Digitized by Google

Digitized by Google

PREFAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

L' autore si è studiato in questa seconda edizione del Dritto Naturale di apprezzare sì i giudizî favorevoli ottenuti che gli sfavorevoli per apprendere da entrambi, dove bisognava ritoccare la sua esposizione.

Ogni trattato di dritto naturale deve avere il suo centro nella nozione del dritto; ed il trattato sarà più o meno originale secondo questa nozione. Kant dice nella sua *Critica della Ragion pura* che mentre da ben due mila anni esisteva una giurisprudenza, « i giuristi cercano ancora una definizione della nozione del dritto ». Ond'è che l'autore si studiò di rischiarare ancora una volta la nozione fondamentale nella sua origine, di spiegarla più minutamente nei suoi contrassegni, e di dare nuovi sostegni a questa nozione, che egli, dal dritto dell' individuo, passando per la famiglia e lo stato, fino al dritto delle genti ha riconosciuta ed esposta come sola informatrice del tutto.

Il principio generatore deve risiedere nella nozione del dritto, poichè altrimenti la nozione non potrebbe compiere la sua natura. Questa nozione dev' essere rintracciata nel dritto storico, e deve divenire nella conoscenza dello sviluppo storico la più alta e suprema idea. L'autore rende chiaro ed evidente questo pensiero fon-

Digitized by Google

damentale mercè ampi esempii storici (§ 55.§ 68.§ 108. § 112. § 231).

Tale nozione fu fatta valere nella ulteriore formazione del dritto dalle vecchie alle nuove leggi, e nell'istesso senso fu trattata l'opposizione fra i dritti costituiti e le nuove leggi che si facevano strada (§ 185).

Le nuove elaborazioni si riferiscono principalmente ai punti essenziali che riguardano il Principio; ma un lettore che volesse comparare, vi scorgerebbe pure delle aggiunte o supplementi in molti luoghi importanti (§ 1. § 15. § 30. § 39. § 43. § 61. § 73. § 74. § 103. § 107. § 118. § 126. § 204. § 207 e altrove).

La natura istessa della nozione sviluppata del dritto richiedeva che si ricercasse la sua conferma nel dritto positivo; all'istesso modo che il metodo richiede che la nozione,come pronunziò Aristotile, convalidi i fenomeni, e questi a loro volta la nozione. Or siccome i fenomeni si presentano nei fatti del dritto positivo, così ne nacque che l' autore fu tratto in mille modi nel campo, se pur estraneo,della giurisprudenza. Da questo lato questa seconda edizione domanda benigna indulgenza. L' autore è riconoscente di consigli e indicazioni ad amici giuristi ed a colleghi, come ad un perspicace uditore, che gli comunicò importanti osservazioni sul suo libro: e nomina quì fra gli altri il suo vecchio amico Giorgio Beseler, che nei luoghi oscuri gli ha saputo rischiarare la via sì nella prima, che nella seconda edizione.

L' autore dimanda scuse se rimanda spesso il lettore agli altri suoi scritti. Ma perchè il suo modo di trattare questo argomento filosoficamente si manifestasse come tale, e come seguito di un complesso sgorgante da una

Digitized by Google

sola idea, non potevasi in un libro così ristretto fare altrimenti. Dove furono adoperate ricerche giuridiche o filosofiche per giungere ad uno speciale risultato, esse furono citate; dove per lo contrario le opere di grandi giureconsulti sono generalmente riconosciute, non si fè cenno di loro.

Possa adunque questo libro cooperare da parte sua a congiungere più intimamente l'Etica colla Giurisprudenza, e a ravvivare la scienza del dritto con un sentimento più profondo della sua origine e della sua importanza.

A. TRENDELEMBURG.

Berlino il 18 *Aprile* 1868.

Digitized by Google

Digitized by Google

SOMMARIO

§ 1-4. INTRODUZIONE. Compito del Dritto Naturale e suo posto nel sistema. Ciò che presuppone.

PARTE PRIMA

Ricerca del Principio.

§ 5-6. L'idea del dritto. Processo analitico per rinvenirlo. Lato etico, fisico e logico del dritto.

A. Lato etico del dritto.

§ 7-15. *Se possa stabilirsi la nozione del dritto senza un fondamento etico.* § 9. Il diritto come potere del più forte. § 10. Il diritto come potere fondato sul timore di tutti verso tutti, come comune accordo a garentire la propria sicurezza. Hobbes. § 11. Il diritto come mezzo del potere rafforzato dall'accordo. Spinoza. § 12. Il diritto come temporanea volontà del popolo (Maggioranza). Rousseau. § 13. Il diritto come compendio delle condizioni, per cui può succedere che il libero arbitrio del singolo coesista colla libertà di ciascuno secondo una legge universale. Kant. § 14. Tentativo insufficiente a separare la legge dalla morale. Cris. Tomasio. Kant. Fichte. § 15. Il diritto come emanazione dell' Etica. Platone. Aristotile.

§ 16-44. *Principio Etico.* § 16. Processo. § 17. Presupposti tratti dalla Metafisica e dalla Psicologia. § 18. Tre possibili concezioni del mondo. Solo l'organica può essere il fondamento dell'Etica. § 19. Carattere dell'organico nell'etico. § 20. Processo per la ricerca del principio etico secondo il contenuto.

a) Il principio etico tratto dall'Individualità. § 21. Sistemi del piacere e della operosità. § 22. Perchè il piacere per sè non possa essere un principio etico. § 23. Benessere universale come principio morale. § 24. La morale del ben compreso interesse. § 25. Conservazione di sè stesso. Hobbes. Spinoza. § 26. Perfezionamento di sè stesso. Cris. Wolf.

Digitized by Google

b) Il principio etico tratto dalla Totalità. § 27. *salut public.*

c) Unione dell'individualità colla totalità. § 28. § 29. Armonia delle tendenze individuali e sociali. § 30. La simpatia universale. Adamo Smith. Schopenhauer. § 31. Il categorico imperativo. Kant. § 32. Accordo nel rapporto dei necessarii elementi dell' azione. Herbart. § 33. La convenevolezza delle cose nell'armonia dell'universo. Clarke. § 34. L'idea dell'uomo come principio della moralità. Platone. Aristotile. § 35. La natura distintiva dell'uomo psicologicamente definita. § 36. Essa non può attuarsi che nella comunanza. Devono quindi concentrarsi nella moralità l' afforzamento (*Verstärkung*) dell' individuo e l' *organamento* (*Gliederung*) del tutto. § 37. Il buono della volontà, il vero dell'intelletto, il bello della rappresentazione, come le tre indivise espressioni di una sola idea nell'organo relativo. La moralità e le passioni. La moralità individuale. § 38. Ritorno dell'Etica nella Religione. § 39. La coscienza in questa connessione. Dilucidazione di Kant. § 41. Doppio indirizzo. Adeguamento razionale dell'Umanità coll'individuo umano. Organismo e persona morale. § 41. Fin dove i confutati e unilaterali principî sono parte del complessivo e vero principio. Sguardo retrospettivo. Inoltre intorno al principio di ciò che è speciale all'uomo, il puro volere, e il desiderio; Kant e Aristotile. § 42. Il male. § 43. Libertà del volere. Libertà intelligibile. Kant e Schopenhauer. § 44. Il sommo bene. Delle virtù. Dei doveri. Del lecito.

§ 45-51. *Diritto.* § 45. Dritto e Dovere. Donde l'Obbligazione. La necessità nel dritto di uno scopo interiore e la forza del complessivo morale che si regge da se. Diritti come potere riconosciuto. Dritto e violazione; dritto e libero costume. § 46. Nozione del dritto. Spiegazioni della nozione. La nozione e il dritto costituito. Giuridico ed etico. Sguardo retrospettivo sulle precedenti nozioni. § 47. Il diritto nell'analisi degli scopi. Opposizione possibile nel senso del tutto. Esempio storico sul *trentesimo*. § 48. Come si rivela istoricamente il diritto che include le condizioni universali della moralità. Consuetudine e Legislazione. Sviluppo del dritto. Esempi: dritto dei nomadi. Il dritto mosaico. Il dritto feudale. Lotta del dritto canonico col diritto sassone (Saxenspiegel). Dritto agrario. § 49. Il dritto formale. § 50. L'ingiustizia. Ingiustizia voluta e non voluta. Cavillo. § 51. Ripartizione del dritto. Ripartizione della giustizia secondo Aristotile.

B. Lato fisico del dritto — (*Coazione*).

§ 52. Il dritto costringe mediante la paura per una ragione etica e per un etico scopo. Modi con cui la legge si consolida ulteriormente.

Digitized by Google

§ 53. Donde la coazione. Se il fondamento della pena può risiedere nell'individuo offeso. Il farsi giustizia da se medesimo. Fin dove si estenda la forza nel processo civile. § 55. La coazione della volontà nel dritto penale. Colpa. § 56. Il dritto di punire si fonda sulla comunanza. Necessaria difesa. § 57. Feurbach, Kant, Hegel. § 58. Ristabilimento del dritto mercè la pena. § 59. In relazione della persona offesa. § 60. In rapporto al reo. § 61. In relazione della comunanza. Esempio. § 62. Nozione della pena. § 63. La retribuzione è la misuria più esteriore. Differenza nelle interne relazioni. § 64. Nella volontà. Proponimento. Scopo. Motivo. Impulso. *Dolus*, *culpa*. § 65. Tentativo, e fatto consumato. § 66. Differenza degli interessi morali offesi. § 67. Connessione coi vari stati morali. Prescrizione dei delitti. § 68. Colpa secondata. Autori principali. Biasimevole estensione della pena ad altri, che non sieno i colpevoli. § 69. Le varie pene e la loro ragione. § 70. Pena di morte.

C. Lato logico. (*Metodo del Dritto*).

§ 71. Intelletto riflettente e determinante.

a) *Lato logico nell' origine del dritto.* § 72. A fondamento della formazione del dritto sta un processo sintetico. Indirizzo verso il sistema. § 73. Analogia. § 74. Definizione nel diritto. Carattere della legge. § 75. Necessità di evitare la casuistica. Presunzioni nel diritto.

b) *Lato logico nell'applicazione della legge.* § 76. Il sillogismo nell' applicazione. § 77. L'interpetrazione nel sillogismo per la *maggiore*. § 78. Il processo analitico per la *minore*. Determinazione della *species facti*. Prova degli indizi. § 79. La conclusione (sentenza). La controversia intorno al termine medio. La deduzione (diretta) e la pruova indiretta. Paralogismi e sofismi giuridici. § 80. Valore etico della logica nella definizione e nel lemma. § 81. La condotta del processo (procedura giudiziale) come metodo obbiettivo della istruzione e della decisione. § 82. Metodo per le vetazioni. Sorteggio.

Dalla relazione logica della legge § 83. l'equità.

Digitized by Google

PARTE SECONDA

Relazioni di dritto derivanti dal Principio.

§ 84. Il tema. Gradi dello sviluppo. § 85. Il dritto poggia sul presupposto di un tutto originario della famiglia. Però più precisamente

A. Relazioni di dritto dei singoli.

a) *Persona.* § 86. Nozione della persona. § 87. Dovere e dritto del tutto e della parte nell'organismo morale. § 88. I così detti dritti innati. § 89. Il riconoscimento della persona anche là, dove il volere non é *actu*. La tribolazione degli animali. § 90. Delitti contro il diritto della persona sul corpo e sulle membra. § 91. Delitti contro lo stato della persona. § 92. Diritti della persona perduti colla pena.

b) *Proprietà.* § 93. La formazione della cosa come durevoli istrumenti della volontà. La Proprietà è solamente possibile nella comunanza sociale. Occupazione e possesso. Acquisto. Ugo Grozio. Kant. Bentham. § 94. Conseguenze. § 95. Rinunzia. Protezione del possesso. Conflitto del dritto rigoroso della proprietà colla buona fede nel commercio. § 96. Schiavitù. § 97. Usufrutto. § 98. Servitù. § 99. Prescrizione. § 100. Espropriazione. *Dominium eminens.* § 101. Scopi distinti protetti dalla legge nella proprietà. § 102. Delitti contro la proprietà.

c) *Commercio.* § 103. Obbligazioni. Volontarie e involontarie. § 104. Contratto. § 105. Le varie forme del contratto. § 106. Condizioni del contratto riguardo alla persona e all'oggetto. § 107. Condizioni morali per la garenzia legale del contratto. Contratti *aleatorii*. § 180. Danaro. Censi e leggi dell'usura. Cambio marittimo. § 109. Termine dei contratti. § 110. Relazioni di dritto derivanti da mandato di piena facoltà. § 111. Contratto di società. *Societas*, *universitas*, Associazione. Persona giuridica. § 112. Obbligazioni involontarie. Ristorazione di danni. § 113. Casi fortuiti. § 114. Prescrizione delle obbligazioni. § 115. Lealtà nel contratto. § 116. Delitti nel commercio. Frode e suoi vari gradi. § 117. Spergiuro. § 118. Credito. Natura del pegno. Concorso. Legislazione nel debito. § 119. Delitti concernenti la moneta. Falsificazione di cambiali. § 120. Offese contro l'onore. Duello. § 121. La sicurezza, come effetto del dritto.

B. Dritto di famiglia.

§ 122. La famiglia considerata come un tutto. Ripartizioni.

a) *Dritto coniugale.* § 123. Idea del matrimonio. Monogamia. Concu-

Digitized by Google

binato. Storia del concetto del matrimonio. § 124. Il matrimonio e la famiglia nella diramazione del tutto. § 125. Impedimenti al matrimonio per l'età. § 126. Per il grado di parentela. § 127. Per altre cause. Matrimonio morganatico. § 128. Il contratto nella conclusione del matrimonio. Pubblica manifestazione del reciproco consenso. Errore. § 129. Consenso dei genitori. § 130. È necessario il consenso dello Stato? § 131. Sponsali. Non sono giuridicamente protetti. Nozze. Rapporti giuridici dello Stato e della Chiesa. Matrimonio civile. § 132. Divorzio. § 133. Adulterio. § 134. Delitti di lussuria.

b) *Diritto di famiglia.* § 135. Le relazioni di dritto nei doveri dei coniugi. Comunione di beni. Sistema dotale. Beni parafernali. § 136. Diritto del padre di famiglia. § 137. Autorità coniugale. § 138. Autorità paterna. Dovere di educazione. § 139. Adozione. § 140. Gente di servizio.

c) *Dritto di successione.* § 141. Fondamento. Doppio principio. § 142. La successione *ab intestato* o la successione testamentaria è il primo principio? § 143. Legati per causa di morte. Testamento. § 144. Successione *ab intestato*. § 145. L'eredità come un tutto. § 146. Contratti di successione. § 147. Tutela. § 148. Figli naturali. Legittimazione. § 149. Paternità.

C. Lo Stato.

§ 150. Significato stretto ed ampio. § 151. Nozione dello Stato. L'uomo universale nella forma individuale del popolo. Dispotismo. Sulla storia della nozione. § 152. Il potere è il fondamento dello stato e il suo sviluppo. § 153. Usurpazione e contratto come teorie dello Stato. Potere e Libertà. § 154. Le varie forme dello Stato. § 155. Apprezzamento delle operosità nazionali, economiche e politiche dello Stato. § 156. Seguito.

a) *Lo Stato e la Proprietà.*

§ 157. Lo Stato come proprietario e come influente sulla proprietà dei privati. § 158. Teorie comuniste e socialiste. § 159. Imposizione di gravezze dello Stato, e punti di vista della capacità di prestazione individuale e della grande autocrazia nazionale. Libero scambio e protezionismo Imposte dirette ed indirette. § 160. Lo Stato e la sua proprietà. Demanio. Regalie. Tesoro dello Stato. § 161. Leggi d'imposta e defraudazione.

Digitized by Google

b) *Gli ordini speciali nello Stato.*

§ 162. L'agricoltura. Il dritto agrario. § 163. Dritto forestale. Dritto *montanistico*. § 164. Le professioni. Dritto di esercitarle. § 165. Il commercio. Dritto commerciale. § 166. La cambiale. Dritto *cambiario*. § 167. Dritto marittimo. Assicurazioni. § 168. Dritto di proprietà letteraria. § 169. Agiatezza e lusso. Leggi suntuarie. § 170. Soverchia popolazione e impoverimento. Forme di dritto secondo questo aspetto.

§ 171. Religione e Chiesa. Dritto interno. § 172. Chiesa e Stato. Tolleranza. § 173. Il dritto penale dello Stato in rapporto alla religione. § 174. Scienza e dritto della scienza. § 175. Arte, e dritto dell'arte.

c) *Il Regime* (*Autorità*).

§ 176. Il Regime come compendio de' così detti poteri dello stato. § 117. Le varie funzioni : governo, legislazione, amministrazione della giustizia, potere militare.

α) *Governo*. § 178. Il governo, rappresentante dell'unità. § 179. L'amministrazione e gl'individui. Della tutela e dell'autonomia. § 180. Il governo e le corporazioni. § 181. Il governo e il potere legislativo. I Decreti e qual parte prenda il governo nella legislazione. § 182. Il governo e l'amministrazione della giustizia. Potere preventivo e repressivo. Conflitti di competenza. § 183. Il governo come custode degli uffizi e delle istituzioni. Onori e titoli. § 184. Relazioni di dritto in rapporto agl'impiegati.

β) *Legislazione*. § 185. La legislazione e la giustizia regolatrice. Sviluppo progressivo del dritto. Determinazione del concetto dei dritti acquisiti. Reazione. Mediazione. Leggi transitorie. § 186. Il dritto razionale e la libertà del popolo. Gli organi legislativi a tale scopo. La necessità di due corpi legislativi. § 187. I corpi legislativi e il dritto che li difende.

γ) *Ammistrazione della giustizia*. § 188. L'amministrazione della giustizia e la giustizia conservatrice. Leggi e decreti. § 189. La giustizia conservatrice che punisce nella procedura penale e che difende nella procedura civile. Universalità di essa; donde la pubblica e palese amministrazione della giustizia. § 190. Limite del processo civile. Pericolo nell'amministrazione civile della giustizia di servire all'ingiustizia. Tentativi di conciliazione. Arbitri. § 191. Dritto dell'accusa. Compito del giudice. Dibattimento delle parti e istruzione del giudice. Idea del giudice

Digitized by Google

specialmente nel processo civile. Idea del procuratore. § 192. Istanze. Le definizioni di dritto contro l'abuso dell'amministrazione della giustizia. Dolus e culpa del giudice. Pena e risarcimento de' danni. § 193. L'amministrazione della giustizia criminale. Tre stadii nella procedura giudiziale. Se, e quanto essi sieno da assegnarsi a vari organi. Il giudice istruttore e il giudice definitivo. Il giurì. § 194. Persecuzione d'ufficio dei reati. Procuratore dello stato. Giudice istruttore. Difensore. Il giudice e i giurati. Loro natura.

d) Potere militare. § 195. Il potere militare, rappresentante l'indipendenza interna ed esterna. Il valore. Costituzioni militari. § 196. Ordine giuridico dell'esercito. Suo fondamento sull'obbedienza e sul sentimento di onore. Consiglio di guerra. Suoi rapporti col valore.

d) *La costituzione dello Stato.*

§ 197. Lo scopo di ogni costituzione è l'unità della forza, della volontà e dell'intelletto. Se si possa dare una forma ottima di costituzione. § 198. Appartenenti e cittadini dello stato. I loro limiti. Dritto di emigrazione. § 199. La sovranità. § 200. Le due forme fondamentali della costituzione. Monarchia e Democrazia. La forma intermedia dell'aristocrazia. Loro degenerare: Tirannide, Oligarchia, Oclocrazia. Come la Teocrazia si coordini a queste forme fondamentali. § 201. Lo spirito morale delle costituzioni. § 202. Forza, intelletto, volontà, la cui unità è l'essenza dello stato, includono una tendenza monarchica, aristocratica e democratica. § 203. L'unità dei poteri dello stato e la determinazione dei suoi regolamenti nasce dalla unità politica della forza. § 204. Punti d'incrociamento dei poteri dello stato. Fin dove il giudice debba esaminare le fonti delle leggi. § 205. La costituzione mista e il rapporto morale dei poteri. § 206. Le classi. § 207. Rappresentanza ed Elezione. Illusione pel complesso dei voti. Rappresentanza della minoranza § 208. Rifiuto delle imposte. § 209. Impieghi accordati nel senso dei partiti politici. § 210. La opinione pubblica. Censura e libertà di stampa. § 211. La forma e la costituzione dello stato reagiscono sul dritto privato, sul dritto delle corporazioni, dei comuni ed anche della famiglia nell'obbligo o libertà dell'istruzione. § 212. Libertà nel senso politico. § 213. Monarchia e democrazia. Qualità del loro sviluppo. Grandezza etica nel potere regale. Il dritto ereditario nella Monarchia. § 214. Il così detto dritto di resistenza. § 215. Rivoluzione. § 216. Incertezza del dritto per l'usurpazione. § 217. Le leggi penali in rapporto ai delitti contro lo Stato.

Digitized by Google

D. Popoli e Stati.

§ 218. Attrazione e repulsione degli Stati. In questo processo l'umanità tende ad una partizione dei popoli. § 219. Le vie che servono a congiungere i popoli. Commercio, Invenzioni, Scienze ed Arti. Chiesa e missioni. Colonie. Confederazioni. Gli ordini legali comuni nel dritto delle genti a contatto del dritto dei singoli stati. § 220. Confini degli stati. Mare libero. § 221. Il dritto dello straniero nella sfera del dritto civile e penale. Il dritto d'asilo. § 222. Dritto internazionale privato. § 223. Impedimento al commercio degli schiavi. § 224. Trattati internazionali. Analogia e differenza coi contratti privati. § 225. Fino a qual punto la pubblica opinione assicura i trattati dello stato. Sicurezza nella confederazione. § 226. Confederazione degli stati (*Staatenbund*), e stato confederativo (*Bundesstaat*). Dritto federale. § 227. Il cosi detto diritto d'intervento. § 228. Famiglie dei popoli. Sistema degli stati. Impossibilità di un tribunale internazionale. § 229. La guerra, come forza per riconoscere il dritto. Spirito etico di una giusta guerra. § 230. Il dritto di guerra fra i popoli belligeranti. La guerra è diretta contro il volere dello stato, come tale, ed é fatta per raggiungere la pace. Le mitigazioni che ne derivano. § 231. Dritto della neutralità. Sulla storia del dritto internazionale nella guerra marittima. Problema odierno. § 232. Significato della conclusione della pace. § 233. Il cosi detto *jus postliminii*. Ristabilimento del dritto allo stato primiero. § 234. Il dritto diplomatico. § 235. Il dritto dei varii popoli dell'umanità, e la fede in una pace eterna.

Digitized by Google

INTRODUZIONE DEL TRADUTTORE

La considerazione in cui venne il Dritto Naturale di Adolfo Trendelenburg tra i giuristi tedeschi e in alcuni più eminenti d'Italia, e la speranza di potere per parte nostra contribuire all' incremento di cotesti studi nella nostra Italia ci determinò al lavoro faticoso, difficile ed improbo di una traduzione.

Federico Adolfo Trendelenburg nacque il dì 30 novembre dell'anno 1802 in Eutin, città dell'Oldenburg. Studiò giovinetto nel ginnasio della sua patria, allora diretto da Giorgio Ludovico König, ed indi nelle università di Kiel, Lipsia e Berlino, ove raggiunse il grado dottorale nel 1826. Durante i quattro importanti anni, che il Trendelenburg studiò in università, scorgesi in lui uno sforzo, non mai diminuito, di acquistare le conoscenze fondamentali di tutti gli ordini umani. Egli studiò non solamente tutte le discipline della filologia classica e storica con G. Hermann, Spohn, Böchk, Bopp e Rosen , ma anche matematiche e scienze naturali. Però questa molteplicità di studi era lungi dal pericolo di un distraente dilettantismo; giacchè aggruppavasi ad un unico centro, ad una scienza che è il nesso e la giustificazione di tutte le singole discipline , vogliam dire alla filosofia , che fu sempre la meta e lo scopo dei suoi studi.

Gli studi su Kant, che cominciò fin dal ginnasio, ei proseguì per tutti i quattro anni dell'università, aggiungendovi quelli della filosofia greca, specialmente di Platone ed Aristotile. Però l' interesse, con cui Trendelenburg studiò Kant, Platone ed Aristotile , non fu di acquistare la conoscenza storica, una conoscenza più sicura ed esatta, di questi sistemi, ma di raggiungere alla scuola di questi maestri una convinzione più soda e profonda dei suoi studi metafisici. Notevoli sono queste parole che egli scriveva ad un suo amico: « Se taluno mi dimandasse, quale sistema filosofico io segua , io come tu non potremmo rispondere che negativamente. Certo perchè il pensiero sia conseguente, egli è ne-

Digitized by Google

cessario avere un sistema, all'istesso modo che è necessario avere una casa. Io penso però che la casa abitabile e confacente allo spirito mio debba essere edificata da me stesso; anzi voglio dippiù che essa sia quasi amovibile, come una tenda, e per lo meno capace di essere facilmente perfezionata. All'età mia però non si è che ospite; io non fo per ora che raccogliere materiali; per ora ho studiato discretamente Kant, e veggo che in alcune cose mi appoggerò ad uno dei suoi lati teoretici, sebbene per l'altro lato io cerchi un elemento più profondo, che non sia il suo vuoto ed arido concetto. Inoltre difficilmente si può concepire un essere senza il suo divenire. Su ciò sta la profonda radice di considerare storicamente tutta la vita, cosa che la filosofia ha forse finora troppo sconosciuta. »

Si hanno due dissertazioni del Trendelenburg nel tempo dei suoi studi universitari, l'una scritta per un concorso al sussidio nell'università di Kiel, e da lui vinto, *De Plauto latinae linguae vocabulorum compositore*, l'altra la sua dissertazione di laurea sulla *Platonis de ideis et numeris doctrina ex Aristotele illustrata*. Dopo di aver conseguita la laurea in filosofia, il Trendelenburg cercò un impiego provvisorio, onde esonerare suo padre della spesa del suo mantenimento, ed accettò la educazione di un nobile giovinetto prussiano, cui insegnò per ben sette anni tutte le materie ginnasiali richieste per sostenere gli esami di maturità. Fra tutte queste stanchevoli occupazioni esso nondimeno rivolse tutte le sue conoscenze della filosofia aristotelica a dilucidare uno scritto di Aristotile, non ricco di contorni ma pieno di contenuto, la sua Psicologia. E questa illustrazione alla psicologia aristotelica, come ben disse il Bonitz, non fu pel Trendelenburg un compito puramente istorico, ma un momento essenziale della sua ricerca psicologica.

Poco innanzi dell'apparizione di questo scritto il dì 8 marzo del 1833 il Trendelenburg fu nominato dal ministro Altenstein professore straordinario di filosofia nella università di Berlino, ed indi ordinario nel 1837. La facoltà filosofica lo elesse cinque volte a suo decano e l'università tre volte a rettore; e dopo 37 anni d'insegnamento, ricchi d'importanti monografie e di studi assidui e severi, che gli dettero la riputazione di profondo pensatore, morì il 24 gennaio del

Digitized by Google

1872, il giorno stesso che il Giornale Ufficiale di Berlino gli annunziava l' onorificenza di cavaliere al merito, che a lui debitamente offriva il glorioso imperatore di Germania.

Questa molteplicità di studi, come abbiamo notato, era nel Trendelenburg raggruppata ad un centro comune, era un sistema, la cui base e il cui principio poneva radice nella sua metafisica. Laonde il suo Dritto Naturale bisogna riferirlo alle sue « Ricerche Logiche » senza di cui rimarrebbe una trattazione formale, empirica ed antiscientifica.

La filosofia del dritto si propone la ricerca del principio universale che sta a fondamento di tutti gli ordini speciali del dritto. Questo principio dev' essere cercato nell' Etica, la quale costituisce l'idea fondamentale del tutto (1). L'Etica presuppone la Psicologia, che costituisce il punto più alto della vita organica, cioè l'essenza propriamente umana e il processo con cui si effettua, e la Psicologia presuppone la Metafisica, la scienza dell'Idea, che è l'ultimo legame di ogni necessità (2).

Sarà quindi necessario riepilogare in pochi tratti il concetto della filosofia trendelenburghiana, cercando di mantenere, per quanto sia possibile, le sue stesse parole:

« Giacchè distinguiamo pensare da essere, noi domandiamo, com'è possibile, che nella conoscenza Pensare ed Essere si uniscono (3). Noi riputiamo anticipatamente questa unione come un fatto che governa la teorica e la pratica (4).

Come mai il pensiero penetra nell'essere? Come l'essere nel pensiero? Questa è la quistione fondamentale: e se la verità sta nella corrispondenza del pensare all'essere, tutta la quistione si riduce quindi a questa corrispondenza. Come mai il pensiero produce tale corrispondenza, e in vero in una maniera che esso stesso diventi certo e consapevole di essa?

Da principio pensiero ed essere sono contrapposti l'uno a l'altro (5), e poichè non possono così restarsi, così devono

---

(1) Dritto Naturale, Introduzione § 3. pag. 4 — Logische Untersuchungen 3ª ediz. II. pag. 458 e seg.
(2) Logische Untersuchungen II. pag. 259 e seg.
(3) Op. cit. I. pag. 23.
(4) Op. cit. II. pag. 502.
(5) Op. cit. I. pag. 135.

Digitized by Google

essi incontrarsi in un punto di comune. Bisogna cercare qualche cosa che si trovi in ambo i termini della opposizione, e in modo che questo qual cosa di comune ne formi il collegamento. Questo termine di comune non può essere una qualità inerte che convenga al pensare e all'essere; ma, poichè ciò che è comune dev' essere mediazione, così bisogna che sia qual cosa di attivo. Quindi noi dobbiamo cercare un' attività originaria e semplice (1), che sia comune al pensare e all'essere. Questa attività originaria e semplice, comune alla natura e allo spirito è il *Movimento* (2). Da esso emanano spazio e tempo, da esso relativamente all'essere estensione, forma e grandezza, e, relativamente al pensare, figura e numero e le categorie reali (3), cioè quei concetti fondamentali mercè i quali il pensiero esprime la essenza delle cose, come causalità, forma e materia, sostanza, quantità, qualità, misura, unità nella pluralità, reciprocanza. Il movimento reale vincolato nella materia, è diventato quasi libero nello spirito, e questa libertà dà la grande possibilità di costruire a posteriori, e a date condizioni anche a priori, l'intricato processo del movimento esterno. Dal movimento creatore dello spirito, in opposizione all' elemento spaziale, nasce la conoscenza matematica pura; e nel movimento materiale, per quanto vario esso si mostri, sta la ragione per cui gran parte della natura può essere compresa matematicamente. In tal modo nel movimento (libera proprietà dello spirito e nell' istesso tempo fatto primiero del mondo esterno) si apre una sorgente di conoscenze necessarie, di cui primo il campo matematico, indi la possibilità di penetrare nella ragione dei fenomeni fisici. I concetti ordinativi da esso guadagnati vanno tanto oltre quanto il movimento da cui derivano (4): non vi ha alcun campo così grande come questo del movimento; il suo campo è il mondo intero. Però questi concetti non bastano a governare l'intero campo dell' esperienza. Lo scopo, il pensiero che precede l'accaduto, che dà forma alle cose e che determina le parti

(1) Op. cit. I. pag. 138, 140.
(2) Op. cit. II. pag. 200.
(3) Op. cit. I. pag. 313.
(4) Op. cit. II. pag. 1.

Digitized by Google

dal tutto, è un fatto (1) del mondo, e sol domandasi se del tutto o solo in parte. Ad ogni modo noi abbiamo nell' intera sfera della vita il fenomeno generale che i movimenti si dirizzano verso una meta e che ciò che dirizza è insito a ciò che viene indirizzato e si muove in quella. Nella macchina la forza motrice resta fuori di essa: e come nelle cose lo scopo è ciò che forma, costruisce e regola; così nell'individuo (subiettivo) è l'anima che effettua, sente, brama e pensa lo scopo; e sotto questo aspetto l'anima si presenta come un pensiero di uno scopo che si effettua.

Sopra il mondo organico si eleva come un grado più alto il mondo etico; e mentre nella natura l' organico è legato dal pensiero ad esso estraneo, l'etico, poichè l'uomo riconosce e vuole il pensiero creatore della sua essenza, si presenta come un organico divenuto libero (2). Ora in quello che i concetti ordinativi ricavati dal movimento, come dal primo fatto comune dello spirito e del mondo esterno, vengono determinati mercè lo scopo ed elevati ad un' importanza più alta, si presentano quattro gradi della conoscenza reale, gradi di cui il conseguente suppone necessariamente il precedente, vogliam dire il grado matematico, il fisico-materiale, l'organico e l'etico (3).

In quella comunanza tra essere e pensare non solamente le cose possono determinare il pensiero, acciocchè esso le riproduca spiritualmente nel concetto, ma ancora il pensiero determinare le cose, acciocchè esse lo presentino corporalmente. Dove il pensiero è già realizzato, esso ritrova di nuovo se stesso. Ora il pensiero è *prima* del fenomeno e le parti derivano dal tutto formato prima di esse, e non già, come in altri casi, il tutto dalle parti. Lo spirito riconosce gli scopi, poichè esso stesso li progetta. Movimento e scopo sono le attività identiche al pensiero e all'essere; e lo spirito rinnegherebbe se stesso, se volesse rinnegarle. Nella concezione *organica* del mondo (4), che da ciò deriva, e che fa porre radice il mondo e ciò che in esso si comprende nel pen-

(1) Op. cit. II. pag. 502.
(2) Dritto naturale (Trad. ital.), § 40, pag. 57 e seg.
(3) Logische Untersuchungen II. pag. 458 e seg.
(4) Op. cit. II. pag. 507.

Digitized by Google

siero del tutto, il concetto si trasforma in idea: le forme del pensiero e i loro nessi devono corrispondere alle forme dell'essere e ai suoi nessi (1), e le ragioni delle cose sono egualmente le ragioni della conoscenza (2). Però l'incondizionato, a cui s'indirizzano i sistemi delle scienze limitate, trascende i concetti dello spirito condizionato e delle cose condizionate. Ei non si può dire, fino a qual punto queste categorie finite e limitate esprimino adequatamente l'essenza e la vita di ciò che è infinito e illimitato (3). »

Questi principii della concezione del mondo Trendelenburg dichiara espressamente di non esser nuovi, e che non furono messi la prima volta da lui « Ei bisogna » scriv'egli, « che il pregiudizio dei Tedeschi cessi una volta, che cioè per la filosofia dell'avvenire debba ancor essere trovato un principio novellamente formulato. Il principio c'è; ed esso sta nella concezione organica del mondo, che fu fondata da Aristotile e Platone, che fu continuata dopo quelli, e che deve completarsi e perfezionarsi mercè più profonde ricerche sui concetti fondamentali, sui singoli lati e sull'azione reciproca colle scienze reali. » Il principio fondamentale di Platone che il mondo e le sue parti sieno da considerarsi come un contrapposto reale di pensieri divini, come attuazione e rappresentazione di un'idea, (4) trova nel Trendelenburg la sua espressione più determinata nel concetto dello scopo che governa la totalità. La coincidenza della filosofia trendelenburghiana con Aristotile è ancor più immediata e comprensiva. Veramente Aristotile non dichiara espressamente di presupporre per la possibilità della conoscenza un' attività comune all'essere e al pensare; ma in realtà per Aristotile potenza, movimento ed effettuazione sono i concetti fondamentali comuni, che determinano si il pensare che l'essere. La coincidenza dell'universalità del pensiero e dell'individualità dell'essere nella nozione formale delle cose, l'identità in questo concetto essenziale della causa formale, motrice e finale, il comprendere l'anima come il pensiero di uno scopo che

(1) Op. cit. II. pag. 229.
(2) Op. cit. II. pag. 422.
(3) Op. cit. II. pag. 536.
(4) Historische Beiträge II. pag. 12.

Digitized by Google

si realizza, e l'unione della sua identicità colla moltiplicità delle sue attività che si determinano e condizionano a vicenda, la serie dei gradi nel campo dell'essere e del pensare dal matematico e materiale fino all'organico e al razionale sono i pensieri fondamentali della filosofia aristotelica, che incontransi altresì nel sistema del Trendelenburg.

Da questo breve abozzo della filosofia del Trendelenburg adunque rivelasi come per lui il mondo umano è un Organismo Etico, le cui forme ideali (1) sono il Bene supremo (realizzazione universale dell'uomo ideale,) le Virtù (attività individuali liberamente adoperate nel senso dell'idea etica) e i Doveri (limitazioni che le attività individuali s'impongono, perchè l'organismo coi suoi fini universali e le parti coi loro fini particolari possano reciprocamente conservarsi) Il Diritto nasce dal medesimo spirito da cui nascono i doveri, perchè esso, conservando e sviluppando i dati rapporti etici, deve proteggere le condizioni, adatte a realizzare mercè la forza del tutto ciò che è etico. Esso deve dare generalmente le norme, entro cui deve rivelarsi l'azione reciproca della volontà colla volontà altrui e colla volontà del tutto e garentire all'intelletto e alla volontà una forza maggiore a raggiungere lo scopo che si prefiggono.

Intanto il diritto, poichè si rivolge alla comunanza, si astiene da tutto ciò che riguarda la moralità individuale, sia del singolo, che di parecchi a un tempo; benchè sia difficile di circoscrivere questo concetto generale, giacchè i limiti ridondano ovunque, e il tutto si compenetra sì intimamente colle parti, che da per tutto si ravvisa l'individuo nel tutto e questo nell'individuo (2).

La nozione del Diritto nasce dalla connessione fra doveri e beni etici, fra dovere e diritto. Il Diritto nel tutto etico è il « Compendio di quelle determinazioni universali dell'azione, per cui avviene che il tutto etico e le sue parti possano conservarsi. » Questa nozione del diritto è la sola possibile nell'etica di una teleologia immanente (3). Questa dottrina, da noi compendiata quasi colle

(1) Dr. Natur. § 44. pag. 66.
(2) Op. cit. § 45 pag. 74.
(3) Op. cit. § 46. pag. 76.

Digitized by Google

istesse parole del Trendelenburg parci si possa esprimere diversamente nel modo seguente:

L' Etica è la *obbiettiva* realizzazione dell' idea universale dell' essenza umana uniformemente alla psicologia, la morale e il diritto il lato *subbiettivo* di questa realizzazione. La morale è il campo subbiettivo interno (volontà, intenzione, coscienza), il diritto il campo subbiettivo esterno (azione, rapporti, coesistenza). I limiti fra morale e diritto sono difficili a determinare, perchè nel campo pratico essi dipendono principalmente dal grado della coltura, dal sentimento religioso e dalle condizioni materiali del popolo. Questi limiti sono instabili e seguono il progresso della coscienza giuridica, morale e intellettuale della umanità. Il diritto prescrive le norme del vivere comune, uniformi ai fini etici; e la coazione nasce soltanto dalla possibilità che quelle norme vengano violate.

Contro questa nozione del diritto, che il Trendelenburg ampiamente svolge nei singoli istituti giuridici, non mancarono appunti diversi e severi (1). E noi non possiamo qui farne giusta considerazione, perchè l'indole serena e puramente espositiva della nostra introduzione ci vieta dall'entrare nel campo battagliero e scabroso di una critica. Il sagace lettore supplirà da sè a tale difetto, che la necessità soltanto c'impose.

Ed ora una parola di scusa al cortese lettore, se la nostra traduzione non riuscì quale l'importanza dell'opera e le giuste sue esigenze il richiedevano. Convinti di fare una traduzione di un'opera scientifica, noi sacrificammo alla chiarezza del concetto la ricercatezza della forma e la bellezza dello stile, massimamente quando il cogliere il vero concetto in mezzo alle forme congegnose dello scrivere trendelenburghiano non fu sempre cosa agegole e scevra di fatica.

IL TRADUTTORE

---

(1) L'insigne giurista Pessina nel suo *discorso intorno la dottrina* di A. Trendelenburg, 1869 è pressocchè del tutto discorde dalla opinione che ne dà il Geyer nel suo libro *Geschichte und System der Rechtsphilosophie*. Lib. I. § 6. pag. 85.

Digitized by Google

INTRODUZIONE

§ 1. La filosofia è destinata ad indagare il fondamento e lo scopo della conoscenza umana; e poichè ad ottenere il suo intento deve procedere dalle varie parti della conoscenza al pensiero di un tutto organico, così ha pure il compito di esaminare i principii delle scienze secondo l'idea del tutto. La filosofia del dritto si svolge in una cerchia speciale; poichè, a somiglianza di tutte le scienze che vogliono far luce su quanto v'è di oscuro nelle cose, la scienza del dritto positivo ha bisogno di elevarsi e porre i suoi fondamenti nel principio ideale. Onde, come nella conoscenza in genere si distinguono essenzialmente i fatti dalle loro ragioni, la scienza positiva del dritto e il dritto di natura segnano due differenti indirizzi dello spirito investigatore. La scienza positiva del dritto studia gli ordini pratici del diritto, il dritto di natura invece contempla il dritto nella sua più alta sorgente, da cui fa scaturire la serie dei dritti in modo, che essi sembrino, pur distinguendosi, come compenetrati da un interno ed unico pensiero. I fondamenti della scienza positiva del dritto sono storicamente connessi; e nel paragone di un sistema nazionale del dritto con un altro essi aprono la via ad una più vasta conoscenza dell'universale. Tutto ciò che è particolare, è inviluppato e confuso; e viene conosciuto nell'ultimo fondamento, sol risolvendolo nei suoi elementi: in tal modo esso è ricondotto all'universale e semplice, o, ciò che torna lo stesso, è presentato come derivato da quello. L'irrequieto spirito che s'estende nell'infinita materia, chiamato a dominare, esige una concentrazione nell'universale e semplice, poichè soltanto questa sorgente della necessità costituisce la garenzia del dritto. Un tale doppio movimento si manifesta in ogni scienza, e quindi pure nella scienza del dritto. E se com-

Digitized by Google

parisse su questa doppia via una contraddizione fra il risultato della scienza positiva del dritto e quello del dritto di natura, tale contraddizione indicherebbe un errore, il quale risiederebbe o nel dritto di natura, o nel dritto positivo, o in entrambi. Tale contraddizione però, anzi che prova contro il necessario scopo della scienza, dev'essere un impulso alla ricerca di una rettificazione e di un armonico compimento. Ad ogni modo la contraddizione non porta seco alcun pericolo, poichè il dritto positivo ha per se la forza, ei signoreggia e si fa valere.

Ann. Sull'idea della filosofia, che è presupposta, e l'attinenza della filosofia colle altre scienze speciali si riscontrino le *logische Untersuchungen* (2ª. Ediz. 1862. I. pag. 4 e seg. II. pag. 412 e seg.) dell'Autore.

Fra l'esperienza dei fatti e le ipotesi del principio fondamentale ha luogo una reciproca azione, poichè queste due conoscenze si eccitano e si confermano a vicenda. Entro le singole scienze, dove si tratta di prossimi fondamenti dei fatti dati, entrambe si adeguano più facilmente e felicemente, per quanto possa essere ancor difficile di dimostrare la piena ed esclusiva corrispondenza della ipotesi che s'interpetra col fatto che ne deriva. Ma dove i fatti sono da ricondurre al più remoto ed intimo principio, com'è mira della filosofia, la difficoltà cresce per gli anelli di mezzo. Se il principio particolare di una scienza è scaturito dall'universale sorgente, o è trovato per analisi, esso deve riscontrarsi coi fatti caratteristici del suo dominio, e con questi adeguarsi ed esplicarsi, acciocchè essi sieno dimostrati come dipendenti dal Principio. Una tale conoscenza è diretta all'ultima sintesi, da cui tenta rischiarare il positivo ed empirico. Non si può a priori determinare quanto questa conoscenza possa inoltrarsi nelle particolari e singole parti; poichè la giusta misura è rimessa al modo con cui essa tratta il principio.

Se il dritto positivo prende il suo nome dalla sanzione del fatto (θέσις), il nome di natura si riferisce alla natura (φύσις) secondo il concetto di Aristotile e degli Stoici, per quanto essa si radica nella ragione (λόγος) e le sue leggi sono quindi ragionevoli. (*Arist. Eth. Nich.* V. 10. p. 1134 6. 19. ris. *rhetor.* I, 13. p. 1373 b. 6.). Cicerone in questo senso contrappone al *jus civile il ius naturale* (*de republ.* III, 8. III, 11). Il dritto di natura, per quanto vale o do-

Digitized by Google

vrebbe valere come dritto universale presso i vari popoli vien chiamato nei libri di dritto romano *jus gentium*, 1) e si fa derivare il *jus naturale* dall'istinto naturale, come per esem. dalla comunanza di stirpe. *Institut. Iust. 1. 2, 2. Quod naturalis ratio apud omnes homines constituit id apud omnes gentes peraeque custoditur vocaturque ius gentium quasi quo iure omnes utantur* (dalle istituzioni di Gaio Dig. I, I, 9.).

L'efficacia del dritto naturale, talvolta sconosciuta, si rivela notevolmente nella storia del dritto; nè solo nella formazione della scienza del dritto, come nel dritto tipico romano (risc. K. Hildebrand, Storia e sistema della filosofia del dritto e dello stato 1860. I. pag. 528) e nel sentimento di coloro che lo esercitarono presso i romani, come si può vedere in Cicerone *de Officiis* e in Gellio, ma ancora nella storia delle leggi, in cui la filosofia del dritto si manifesta ora come critica ed ora come impulso a novelle elaborazioni. Così per Ugo Grozio venne in grande stima il dritto di natura per le sanzioni del dritto delle genti; lo Spirito delle Leggi di Montesquieu influì sulle costituzioni; il dritto di natura di Samuele Cocceio, molto affine a quello di Ugo Grozio, ebbe un grande influenza sulla legislazione di Federico il grande (risc. *ackau mische Abhandlung: Friederich der Grosse und sein Grosskanzler Samuel von Cocceji. Beitrag zur Geschichte der ersten Iustizreform und des Naturrechts* dell'autore 1863.); come pure si riconobbe da Cris. Wolf e da Daries l'influenza del dritto naturale nel dritto provinciale prussiano (H. Degenkolb, *das allgemeine preussische Landrecht* nella terza edizione *des Rotteck Welcheschen « Staats-Lexikon »*), ed i *metaphysische Anfangsgründe der Rechtswisenschafft* di Kant condussero a determinazioni e riforme nelle quali l'idea dello stato giuridico fu riguardato come scopo (risc. § 151. Ann.). Siccome la teoria s'indirizza nella natura secondo l'ordine delle cose, e non le cose secondo la teoria, così la sana teoria della natura delle cose vuol essere ricercata sul campo pratico: ma la teoria—sana o non sana che sia — è però capace a formare o trasformare le cose. Onde la retta intelligenza dei principî nel diritto è di una importanza grandissima non solo per la scienza, ma per la pratica.

§ 2. Lo scopo della logica, intesa in un senso ampio, è di stabilire il fondamento ad un sistema genetico delle scienze,

1) (Dig. i, t, l. 3. 4.).

Digitized by Google

ad un sistema tale, che, in opposizione ad una esteriore ripartizione, cerca l'analisi nella natura del *divenire* 1). Con una ricerca più profonda, che qui non possiamo ripetere, i principi immanenti delle scienze espongono i gradi, per cui il precedente rende possibile il susseguente e il susseguente presuppone il precedente. Dal primo grado delle matematiche, derivanti dal movimento costruttivo che espone il fondamento della necessità in figura e numero, segue il secondo, cioè il grado fisico, che è il campo delle forze materiali, essenzialmente accessibile mediante le forme matematiche. Su entrambi risiede la causa agente; su questa e sulla sua base s'eleva la sfera della vitalità e dell'organico, qualificata, mercè la interna conformità allo scopo, opposta alle forze cieche. Finalmente comparisce come supremo grado basato sulle precedenti sfere il mondo umano, ossia il grado etico. A questi vari gradi nelle cose corrispondono nel sistema genetico 2) le varie discipline della scienza; e il dritto naturale che è una parte dell'etica, intesa in senso più ampio, trova quindi, come ogni altra scienza, il suo posto determinato e stabile.

§ 3. In tal modo sono determinate le basi che il dritto di natura deve presupporre nelle precedenti discipline filosofiche. Dall'etica esso chiede dapprima, come risultato della metafisica, l'idea fontamentale del tutto; richiede cioè, in luogo di una meccanica, una organica concezione del mondo 3) (Confr. § 19); dalla *Psicologia*, che costituisce il punto più alto della vita organica cioè il passaggio all'etica, esso richiede l'essenza propriamente umana e il processo con cui si effettua (confr. §. 17); finalmente dalla logica domanda le categorie astratte del metodo per intendere il metodo del dritto nella sua formazione ed applicazione. (riscon. § 71 e seg.) 4).

§ 4. La nozione dell'essenza esprime la legge costitutiva di una

---

1) Legische Untersuchungen. 2ª. Ediz. 1862. pag. 362. e seg. pag. 388.

2) Ampiamente nelle *Logischen Untersuchungen*. Risc. special. II. pag. seg.

3) Logische Untersuchungen. II. pag. 458 seg.

4) Logische Untersuchungen. II. pag. 279 seg.

Digitized by Google

sostanza, ed è il principio delle azioni e nozioni che da questa si partono 1). Quindi è principale compito del dritto naturale di trovare questo principio sulla base di tali presupposti. Da questa origine universale,come fondamento del dritto, ne scaturisce tutta la serie dei vari dritti: è quindi secondo compito del dritto di natura di intendere le varie sfere del dritto come analisi di una medesima nozione. Le varie esposizioni del dritto di natura, per quanto possono essere lontane da questa meta, vi tendono nonpertanto tutte. Noi cerchiamo un universale, come espressione semplice del complesso, non per spegnere in una uniforme unità il vario in cui si move la vita del singolo, sebbene per illuminarlo colla conoscenza della sua origine. Quindi risultano due parti del dritto naturale: la prima, ricerca del principio (analisi) la seconda,abozzo delle relazioni del dritto col principio (sintesi).

---

1) Ope. Cit. II. pag. 216 seg. pag. 360 seg.

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE PRIMA

Ricerca del Principio.

§ 5. Nella concezione organica del mondo, se la nozione in se accoglie l'ultima determinazione dello scopo interiore, diviene *Idea* 1). In questo senso però si tratta dell' idea del dritto positivo, cioè del pensiero originale, che, come fondamento e scopo interiore, stabilisce o deve stabilire il dritto positivo, il quale ha un carattere distinto nelle varie e distinte società del mondo. È una ricerca storica il sapere quale idea, o meglio quale grado dell'idea è di base alle speciali legislazioni, alla giudaica, per esempio, o alla romana; ma il vedere quale è principalmente la idea destinata a far da base a tutte egualmente è vero compito di una ricerca filosofica. Il pensiero fondamentale del tutto che si effettua nelle parti, o, ciò che torna lo stesso, il principio organico di tutti i diritti, dev'essere ricercato nell'Idea.

§ 6. Poichè l'Idea è l'ultimo legame di ogni necessità, così tutti i lati della necessità nel dritto devono essere ricercati e condotti nell'Idea. Or siccome la necessità logica, fisica ed etica si è, secondo una vecchia ripartizione umana, comunemente distinta in Logica, Fisica ed Etica, così risultano in ogni dritto questi tre lati della necessità. Se non che noi a ragione inver-

1) Logische Untersuchungen — 2.ª Ediz. 1862 pag. 466 e seg.

Digitized by Google

tiremo il loro ordine: poichè la necessità etica cerca i suoi mezzi nella vita fisica; e questi, comprendendo in se la necessità dei gradi precedenti, cioè della matematica, della fisica e della organica, si esibisce all'effettuazione del grado superiore come condizione e sustrato. Bisogna però non fraintendere la necessità del dritto. Dove qualcosa di fisicamente necessario, come la morte nel dritto di eredità e il corso di giorni e di stagioni pei termini, diviene motivo di una legge, questa fisica necessità è accolta nella considerazione etica, ed è calcolata non più come elemento della fisica, ma quale elemento della necessità etica del dritto. Del pari non comprendiamo nella necessità fisica del dritto un fatto che è scopo della legge, p. es. la forza armata come effetto di una costituzione difensiva. Il lato fisico della necessità è nella legge l'immediato mezzo contingente del lato etico, è cioè la forza per cui essa s'impone nella vita. La necessità logica, che sta alla fisica ed all'etica come il modale sta al reale, riflette amendue nel pensiero umano, e serve alla loro esposizione e conoscenza.

In ogni legge si può scorgere il triplice lato della necessità. Si prenda per es. dal dritto privato delle XII Tavole la legge (Cic. de off. I, 12): *adversus hostem aeterna auctoritas esto*, e vi si presenta come motivo etico l'esclusiva potestà del dritto nazionale; la prescrizione nel possesso deve valere solamente nel proprio stato, e lo straniero non deve arricchirsi secondo questo dritto, esclusivamente nazionale. Dallo straniero è sempre possibile la *rei vindicatio:* esso è sempre obbligato a rilasciare la proprietà che non gli appartiene. La forza, lato fisico, serve all'intento etico. Nella precisione e brevità della legge, nelle parole *hostis* ed *auctoritas*, per cui l'applicazione è condizionata, si mostra il lato logico. Ovvero si scelga dal dritto penale delle XII Tavole la legge *si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto* (Festo, risc. Gellio XX, 1, 14). La rigorosa protezione delle membra, l'incitamento alla espiazione e riconciliazione (*ni cum eo pacit*), il dritto ancor rozzo, quasi vendetta, non distinguendo la volontà dall'imprevidenza formano il lato etico della legge, la forza della pena e la minaccia nell'eccitare il timore ne formano il lato fisico; finalmente il

Digitized by Google

chiaro contenuto nelle nozioni (*membrum, rumpere, talio*), la forza della condizione limitatrice (*ni cum eo pacit*) e il logico passaggio dalla legge ad un caso determinato ne formano il lato logico. In questi esempi il lato etico si manifesta come necessità determinante, la quale si tira dietro la corrispondente serie fisica e la corrispondente espressione logica, che è nell'applicazione il legame dell'etica colla fisica. Ciò che si è visto in queste leggi in particolare deve essere applicato al dritto in generale. Vi sarà quindi evidente lacuna, se, come abitualmente si usa, si sopprime dal dritto naturale il suo lato logico, che ne è pur tanta parte.

Secondo queste considerazioni devesi comprendere nella legge, o nel dritto in generale, dapprima la necessità etica, cioè che cosa la legge voglia e debba; indi la fisica, che serve di mezzo all'etica ed è la sua forza; e finalmente la logica, che presenta la legge all'intelligenza, trova il metodo di formare ed applicare il dritto e vi dà l'adeguata e precisa espressione. Il lato etico è l'anima del dritto, il fisico il suo braccio e il logico, in un certo modo, la sua bocca.

Secondo il seguìto esame adunque fassi chiaro il nostro compito, di esaminare cioè e ricondurre nell'*Idea* dapprima l'etica (§ 7 fino al § 51), indi la fisica (§ 52 fino al § 70), e finalmente la logica necessità del dritto (§ 71 fino al § 83).

A. *Lato etico del dritto.*

§ 7. È proprio del processo analitico (regressivo) di partire dai fatti esterni del dritto, e in questi cercare le tracce della idea fondamentale. Per questa via successivamente si presenteranno alcuni lati essenziali, i quali non raramente furono stimati nella storia del dritto naturale come l'essenza intera dell'idea; ma proseguendo, noi giungeremo da questi singoli lati alla vera essenza universale che li compenetra. Lo studio della filosofia, che nel dritto risale a più di due mila anni, ha ricercato e sviluppato successivamente lati diversi e progressivi dell'Idea: sicchè le teorie filosofiche, che hanno una importanza storica, rappresentano i più importanti stadi della umana in-

Digitized by Google

vestigazione. Essi ponno servire come punti presso cui la investigazione si arresta e riposa; onde ci sarà possibile di confermare nei punti più esenziali i risultati filosofici con insegnamenti istorici. Un tale connubio della ricerca analitica coll'esame storico, così com'esso è tenuto di mira nel seguito dell'opera, è adatto a preservarne da una speculazione astratta mercè i fatti della storia, e da una speculazione limitata, mercè una critica analitica. Non bisogna però aspettarsi da questa norma che seguiremo, che i varii lati della ricerca analitica corrispondano nel filo del tempo alle teorie storiche. Le teorie del dritto e dello stato sono di rado puri prodotti della scienza, e quindi non si presentano in logica dipendenza fra loro. Non di rado certe idee si mostrano affini e come l'una dipendente dall'altra, mentre sono distanti di secoli. I filosofi della rivoluzione francese si riscontrano col greco Trasimaco e con tutti i Sofisti della Grecia, i Comunisti del nostro secolo con Falca (le cui teorie ci sono state conservate da Aristotile), il *contrat social* di Rousseau colla teoria del contratto già toccata da Aristotile nella Politica, e con questo finalmente la dottrina di Leibniz. Noi intanto dobbiamo solo accennare e colla massima brevità possibile ai più insigni rappresentanti, poichè non dobbiamo compilare un lavoro di storia.

§ 8. L'osservazione tien dietro di preferenza alla esteriorità dei fatti, e quindi pone il dritto senza un *etico fondamento*. Una serie di storiche dottrine del dritto hanno questo carattere di comune, e credono vedere in tale separazione un vero progresso, poichè il dritto assume così una base a se, indipendente dall'Etica. Nella semplicità della forma credesi che il dritto si mostri più chiaro. Quindi la prima cosa da ricercare si è a vedere (§ 9-14) se le determinazioni, che vorrebbero intendere il Dritto di per se e senza il Bene, la Legalità senza la Morale, sieno sufficienti, ovvero esigono qual cos'altra.

§ 9. L'idea più esagerata in questo indirizzo è quella che non riconosce altro nel diritto che la esteriorità, ossia la coazione, e dichiara il dritto *positivo* qual dritto del più forte, poichè esso possiede una forza coattiva. Secondo una tale teoria il dritto si fonda sulla potestà di fatto e sulla usurpazione; e con-

Digitized by Google

tiene in se lo stimolo per ciascuno a divenire il più forte, e quindi una perenne sollecitazione alla guerra e un impulso all'ingiustizia. Ma la nuda forza non può essere il dritto: anzi secondo la coscienza universale il dritto si oppone alla forza. Isaia dice (Is. 1.): « cercate il dritto, aiutate l'oppresso ».

Ann. Risc. le deduzioni di Platone contra Trasimaco sofista nello Stato (Libro 1, pagg. 338 e seg.). Si può anche riscontrare Carlo Ludovico de Haller nella *Restauration der Staatswissenschaft, oder Theorie des natürlich geselligen Zustandes, derChimäre des künstlich bürgerlichen entgegengesetzt.* 6 Parti. 1820 seg. « Il fondamento del dritto sia il potere violentemente afferrato, e il pensiero negli altri che questo potere possa tornare utile a loro ». In questa seconda proposizione già si accenna ad un altro principio; ed in seguito Haller circoscrive il potere mediante il dovere e il pensiero cristiano. Onde la sua dottrina non è una schietta espressione del dritto della forza.

§ 10. Certamente il dritto senza la forza sarebbe un'impotenza e la forza è una parte essenziale del dritto; ma conviene trovare il contenuto legale della forza, ossia di quelle determinazioni che della forza formano un dritto.

Noi cercheremo in primo luogo queste determinazioni nelle sorgenti attive della natura umana indipendentemente dalle leggi etiche.

Intanto se si paragona lo stato in cui signoreggia il dritto collo stato che ne è assolutamente privo, si scorgerà nel primo una fiducia e sicurezza che viene dalla coscienza di una forza superiore; nel secondo la difesa privata sotto tutti i rapporti, diffidenza reciproca e reciproca paura. Ed è propriamente la paura, questo potentissimo sentimento degli uomini, che scuote ad ogni istante il sentimento della propria fiducia, e che, senza riposo nel presente, senza fiducia nell'avvenire, desta la tendenza ad uno stato opposto. La paura coll'impulso della propria conservazione, aspirando alla sicurezza, fonda una forza, il cui contenuto è la protezione e la conservazione dei singoli. Questa forza si chiama dritto.

Hobbes è stato il più strenuo campione del dritto così concepito, egli, che provò la insicurtà dell'epoca rivoluzionaria, e

Digitized by Google

che ideò la sua teoria in mezzo all'anarchia del suo paese. In senso materialistico ei non riconobbe che materia e movimento, e quindi nulla di etico. Egli insegnò che il bene e il male per se non hanno significato, e non vi è una legge comune al bene e al male — Niente in se è buono, niente è cattivo.— Il furto, l'omicidio, l'adulterio ecc. sono delitti solo per il dritto sociale. Il fondamento del dritto naturale è la conservazione di se stesso: e come questa è circondata di pericoli, così vien su il dritto per rimedio. Nello stato di natura, in cui tutti hanno un egual dritto su tutto, e ciascuno dà di piglio secondo il dritto delle sue passioni, vi regna una guerra di tutti contro tutti, in cui decide la forza e la debolezza, senza che cessi perciò la paura. L'illimitata paura di tutti verso tutti è la causa, e la conservazione di se stesso è lo scopo di un patto fondamentale alla sottomissione di tutti ad un solo volere, cui compete un potere illimitato (*imperium absolutum*), affinchè governi tutti mercè la più forte energia della paura. Onde per questo potere divengono possili i contratti, che nello stato di natura non hanno alcuna garenzia di adempimento; e su di esso (potere) riposa la prima sorgente del dritto.

Gl'individui in questo aspetto sono considerati atomaticamente, e l'uno in difesa dell'altro; poichè la loro associazione legale priva di un impulso interiore, è formato meccanicamente dalla forza della cieca paura. Il dritto non è che un mezzo esteriore perchè cessi la guerra di tutti contro tutti, e non ne sorga una novella. Ma la paura, fondamento di tutto questo processo, non è che debolezza; mentre lo stato di natura, non che il patto primitivo, è una finzione, poichè la famiglia, fuori di cui non possono concetturarsi gli uomini, è già uno stato in piccolo. Il dritto, come potere che garentisce la sicurezza, può avere solamente tanto valore, quanto ne ha il contenuto cui esso assicura, il quale per Hobbes non è oltro che la passione degli uomini; poichè le virtù, come la gratitudine, la compassione, l'equità esistono soltanto, affinchè non sorga la guerra di tutti contro tutti. In tal modo il dritto è la forza di assicurarsi dalle passioni, e la condizione per parteciparvi è la cieca obbedienza. Ma, per ciò che concerne l'illimitata signoria,

Digitized by Google

l'imperium absolutum, questo ha di forza obbligatoria sol quanto ciascuno ha di paura: un pò di coraggio di più, e il contratto fondamentale conchiuso riesce nel senso opposto, com' è avvenuto per Rousseau.

Per conseguenza nè la reciproca paura, nè l'impulso della propria conservazione, nè la prova indiretta basata sopra entrambi, cioè che senza il dritto nascerebbe la guerra di tutti contro tutti, fondano ancora il dritto.

Ann. Tommaso Hobbes, nel suo libro *de cive* 1846 e nel *Leviathan* 1851, special: cap. 14.

§ 11. Se il dritto nasce allo scopo di evitare la guerra di tutti contro tutti, e di mantenere gli uomini in continua paura, gli si dà una base del tutto negativa. Al medesimo presupposto della conservazione di se stesso si avvicina la teorica che fa nascere il dritto dalla tendenza all'armonia, la quale dà al potere il contenuto del dritto.

Questa dottrina è sviluppata da Spinoza. La forza delle cose non è altro che l'eterna forza della sostanza (Dio), di cui esse sono parti (Modi). E come la sostanza (Dio) ha dritto su tutto, perchè essa ha potere su tutto; così ciascuna cosa ha da avere tanto di dritto per quanto ha di potere. La causa efficiente, la sola che Spinoza riconosce in rapporto all'individuo e in lui compresa, è la sua forza. Poichè ciascuno tende a conservarsi nel suo essere—la più alta legge naturale dell'uomo che determina tutte le altre—così ciascuno si adopera ad accrescere questa forza ed a respingere tutto che può scemarla. La sua forza è il suo dritto; e forza e dritto hanno egual valore sì nello stato civile e sì nello stato di natura. Ma la forza si accresce coll'unione. Se due persone si accordano ed associano le loro forze, essi possono così uniti più, ed hanno per conseguenza sulla natura maggior dritto, che non ne avesse ognuno per se solo; e quanto più persone si stringono in legame, tanto maggiore è il loro dritto complessivamente. Quindi gli uomini, per affermare il loro essere, non ponno desiderare niente di meglio che un tale accordo di tutti su tutto, in modo che le anime e i corpi di tutti formino un'anima ed un corpo solo. Ciò che produce unione, produce maggiore forza, e costituisce ciò che

Digitized by Google

appartiene alla giustizia, all'equità e alla morale. Da ciò segue che uomini ragionevoli, cioè a dire quelli che cercano ragionevolmente la loro utilità, non ambiscono per se stessi a ciò che non desiderano agli altri; ond'essi sono giusti, fedeli e probi. Sicchè Spinoza pone quale scopo la conservazione di se stesso e quale fondamento del dritto la forza unita di tutti, che procaccia negl'individui la loro maggiore forza.

Secondo questa teoria il dritto è idoneo alla autonomia individuale in un modo estrinseco. Ma al dritto non è congiunta altra base che questa utilità, quind'esso non avrà vigore che fin dove si possa sperare di ottenerla. Il dritto viene calcolato da Spinoza sulla forza che nasce dall'unione, e sopra questo calcolo riposa, secondo lui, la sua inviolabile validità. Intanto il suo calcolo può avere un risultato differente; per esempio, Macchiavelli, nel suo Principe, dall' istesso punto di vista della forza ne trae tutt'altra conseguenza; poichè nell'ingiustizia, nell'astuzia e nel potere ei vede un mezzo sicuro della forza. Se il dritto diviene soltanto una conseguenza della forza e un mezzo di associare gli uomini, esso avrà un valore del tutto esteriore e formale. Poichè il giudicare che cosa produca vero e durevole accordo è solo possibile studiando gl'intimi rapporti della natura umana, in cui risiede la sorgente di ciò che è giusto per se stesso. E tanto è ciò vero, che la nozione della forza e dell'unione menò Spinoza a dirittura nell'etica. Le passioni non gli spiegano la forza, ma l'impotenza dello spirito; e noi dobbiamo calmare negli altri le passioni, poichè passioni eccitano passioni, e quindi, disunendo, scemano la forza.

Ann. Spinoza, *tractatus theologico politicus* 1670. c. 16. *tractatus politicus* (lasciato incompiuto) I. 2. etica. 1677. IVX e seg. Conf. l'*Abhandlung über Spinoza's Grundgedanken Beiträgen zur Philosophie* dell'autore II, 1855. pag. 93 e seg. Hobbes e Spinoza, sebbene partiti da differenti principi metafisici, hanno fra loro un punto di contatto nella loro considerazione politica dello stato e del dritto: però Spinoza è più conseguente e profondo. Sarebbe istruttivo un parallelo fra essi. A tale scopo serve Spinoza *Epist.* 50 1674.

§ 12. Poichè la forza è la volontà, e il dritto è comune a tutti,

Digitized by Google

così il contenuto che deve elevare la forza a dritto si lascia determinare dalla temporanea volontà degl'individui collegati.

Da una tale origine del libero accordo G. G. Rousseau fa derivare il dritto. Gli uomini da uno stato di natura, buono in se ma insociabile, passano mercè un accordo unanime alla società civile per garentire la proprietà. Gl'individui, eguali in natura, sottomettono per libero accordo la loro volontà particolare (*volontè de tous*) al volere generale (*volontè gènèrale*). Così il popolo, sovrano in se, addiviene la vera sorgente del dritto mercè il suo continuo volere manifestato a maggioranza di voti.

In questa teorica lo stato di natura e l'eguaglianza degli uomini sono dei presupposti contrari all' esperienza. Il contratto quì non è considerato nè storicamente, nè filosoficamente come la suprema origine del dritto. Solamente possibile sotto la garenzia dello stato, questo contratto in tale teoria democratica, come nella teoria assolutista di Hobbes, è presupposto allo stato per ricostruire lo stato; e quantunque non sia che una forma particolare del dritto per l' accordo dei voleri con un contenuto accidentale e libero, si pretende invece che esso fosse la forma universale del dritto e il suo necessario contenuto. Ma un contratto può o non può essere, laddove il dritto dev'esserci sempre. Già contraddice al presupposto accordo di tutti l'accettazione di una maggioranza di voti. Se poi si guarda all'effetto, il dritto in questo aspetto è abbandonato alla vicenda delle cupidigie, che si chiamano voleri; e può formarsi un contenuto razionale e immanente, non per una necessità interna e razionale, ma esteriormente, i desideri degli uni limitandosi coi desideri degli altri.

Ann. Gian Giacomo Rousseau *du contrat sociale ou principes du droit publique.* 1762.

§ 13. In opposizione alla variabile particolarità dei vari voleri, che assume nella maggioranza dei voti la veste di un universale, noi cerchiamo per contenuto, che solleva la forza al dritto, l'universale come essenza della ragione.

Sopra di un tale universale si è rivolto Kant; e lo designa a suo modo, facendolo valere sol come una forma necessaria.

Digitized by Google

Per lui il diritto è l' insieme delle condizioni per le quali può succedere che la libertà d'arbitrio di ciascuno possa coesistere mercè una legge universale colla libertà di tutti. Se intanto avviene, prosegue Kant, che un uso determinato della libertà sia di ostacolo alla libertà secondo la legge universale, ossia che quell'uso è ingiusto, la forza ad esso contrapposta, come impedimento di un ostacolo della libertà, si accorda colla libertà secondo la legge universale, e diviene giusta. Ond' è collegata al dritto la necessità di costringere chi ad esso si ribelli.

La superiorità di questo concetto sta nella sua universalità; ma ha il difetto di comprendere questa universalità solo esteriormente. L'universale qui non è ancora determinato come l'universale dell'essenza umana, ma solo formalmente, e facendo astrazione dalle individualità oggettive considerate come un tutto, per cui può avvenire che arbitrio coesisti con arbitrio. Esso invece assume in questa teorica un contenuto mediante questo scopo esteriore, ossia per l'analogia della possibilità del libero movimento dei corpi in un solo e medesimo spazio. Anche per la libertà, che è presa solo come libero arbitrio, l'universale è privo di un vero contenuto. Il costringimento, che viene aggiudicato al dritto, scaturisce solamente dalla necessità esterna della limitazione reciproca, poichè il libero arbitrio dell'uno deve coesistere egualmente e nell'istesso luogo col libero arbitrio degli altri. Generalmente una tale nozione vi contiene più un criterio negativo del dritto (io vi misuro ciò che è ingiusto), che un principio generatore interno.

Ann. Emmanuele Kant, *metaphisiche Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797. Seconda Ediz: 1798 e specialmente §. c. pag. XXXII e seguenti. Si paragoni colla critica di Kant la conferenza dell' autore: *die sittliche Idee des Rechts*. 1849. pag. 4 e seg.

§ 14. In tal modo il dritto è ricondotto dal concetto esterno della forza nuda a quello di un universale, per cui il libero arbitrio di uno può coesistere col libero arbitrio degli altri. Distaccando il dritto dalla morale, e considerandolo come avente una natura sua propria, nessuna determinazione è sufficiente, nè come condizione alla sicurezza, nè come condizione ad una forza

Digitized by Google

maggiore mercè il comune accordo, nè come volere della maggioranza. I tentativi di prestare al potere determinazioni esteriori, acciocchè esso addiventi dritto, hanno certamente una graduazione fra loro; tutti però accennano — ciascuno alla sua guisa — ad un fondamento del dritto che deriva dalla determinazione interna dell' uomo come tutto, e quindi dall' Etica. Fin da Cris. Tommasio dritto e morale furono divisi e contrapposti; e in verità presso Tommasio così il dovere negativo, di non far male agli altri, che il positivo, di fare agli altri ciò che si desidera per se stesso, furono divisi e contrapposti come il *forum externum* e il *forum internum;* sicchè i doveri giuridici sono soggetti a coazione, e i morali no. Nello scorso secolo fu quindi rilevato dagli insegnanti di dritto l' accordo delle azioni esterne colla legge nella nozione della giustizia, laddove i vecchi maestri del dritto romano procedono altrimenti e dicono: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (Digest. I, 1,10 da Ulpiano). Kant stabilì l' istessa differenza, e disse che la legislazione etica non può essere esteriore, perchè esige come motore l' idea del dovere, e quindi l' intenzione, che è un sentimento assolutamente interiore; laddove la legislazione giuridica, senza riguardo sul motore, esige solamente l'accordo delle azioni esterne colla legge, e vuole che al dritto sia collegata la coazione. Fichte sostiene che la nozione del dritto non ha niente di comune colla legge morale. Il buon volere non entra punto nella cerchia del dritto naturale, poichè il dritto dev' essere coercitivo, quand' anche nessun uomo avesse buona volontà; e a ciò è diretta la scienza del dritto. La forza fisica, e questa solamente, dà sanzione al dritto nella sua giurisdizione.

Questa critica contro ciascun'elemento del tutto che non sia coercitivo può avere un giusto motivo; poichè nei tribunali di fede non si è giudicato che sopra sentimenti e motivi che non appartengono punto agli ordini del dritto, mentre bisogna rispettare nell' uomo ciò che in lui v'ha di puramente intimo. Però non segue da ciò che l' azione esterna debba essere assolutamente disgiunta dalla volontà, sua base interna; e che la legge giuridica non abbia un fondamento ed uno scopo etico. Vera-

Digitized by Google

mente la distinzione dell'interno dall'esterno sembra cosa facile; ma ciò non è se non in una sfera ristretta. Quando, per esempio, Kant così formula la legge giuridica: opera esteriormente in modo che l' uso del tuo libero arbitrio possa coesistere secondo una legge universale colla libertà di ciascuno; l'esteriore, che emana dall' interno, solo allora in verità corrisponderà a questo universale, quando l' interiore , la volontà , si accorda con esso : altrimenti la discordia fra l' interiore e l' esteriore pregiudicherà bentosto all'armonia dell'azione esterna colla legge. Se tutti eseguono mal volentieri una legge, questo generale malincuore diviene una forza contro la legge. La nuda legalità non può bastare al legislatore, poichè se la legge non è accolta dalla volontà dei cittadini, essa è fragile come legno che inaridisce. Essa verrebbe trasgredita in ogni caso in cui viene in lotta con un sentimento più vitale.Così la legge degli stati Uniti di non prestare aiuto allo schiavo fuggitivo naufragò negli stati settentrionali dell'America del Nord per una convinzione opposta. Una legge raggiunge la sua meta, sol quando penetra nei costumi , e mette radice nel sentimento del popolo. Prima e fino a questo punto essa opera solo esteriormente, ed è facilmente trasgredita.

Chi separa il dritto dalla morale, non fa che considerarli da un un solo lato. La nozione del dovere, dice Fichte, che nasce dalla legge morale, è contrapposta nella massima parte dei suoi contrassegni alla nozione del dritto. La legge morale impone categoricamente il dovere; la legge giuridica permette solamente, ma non comanda che si eserciti il proprio dritto. Anzi la legge morale vieta molto spesso l'esercizio di un dritto, che nella convinzione generale non cessa perciò dall'essere un dritto. Egli avea bensì il dritto — dicesi in tali casi — ma non dovea servirsene. Così per esempio, un tale ha il diritto giuridico di esigere un debito da un impoverito, ma moralmente avrebbe il dovere di condonarlo, o di concedergli una dilazione. Se si ponesse a fondamento del dritto la legge morale, conchiude Fichte, l'istesso principio sarebbe discorde con se stesso, e nell'istesso tempo e nel medesimo caso darebbe e vieterebbe un dritto. Ma questa supposta contraddizione scomparisce, se si nota ciò che sia nel citato

Digitized by Google

caso il dovere e che il dritto. Il dovere è ciò che è necessario moralmente; laddove il dritto, come ciò che è permesso, esprime soltanto ciò che è moralmente possibile. Quindi il dovere è più ristretto, ed il dritto più ampio. Ma ciò non include che il diritto, la più ampia possibiltà come un universale, non sia anche moralmente necessario, e non includa uno scopo morale. Nel citato caso, tratto dalla proprietà, il dritto ha il suo significato morale, poichè esso tutela generalmente la buona fede nel contratto, e rende possibile la libera moralità individuale, lasciando piena facoltà di accettare o rifiutare secondo il caso. Nel dritto di proprietà la legge, che dà facoltà al proprietario di disporre della cosa come gli pare e piace, sembra che metta in non cale il dovere, ma non è così: quanto più il dritto penetra le relazioni del commercio, della famiglia, della comunità, dello stato, tanto più i dritti sono informati ai doveri, e hanno in essi la loro esistenza. Adunque la separazione del dritto naturale dall'etica è il prodotto di un'idea superficiale del dritto di proprietà, e di una latitudine data ancor più superficialmente a cotesta idea sopra le altre sfere del dritto.

L'idea della proprietà, come fatto, ha nel dritto positivo una base di natura assolutamente etica. La tranquilla sicurezza del possesso si fonda sulla presupposta buona fede dei possessori. « Ciascun possessore » — dice il dritto provinciale prussiano (I. 7. § 179) « ha in massima per se la presunzione della legalità ed onestà del suo possesso». Questa confidenza pubblica è un fondamento degno della vita comune, e preserva dalle infinite possibili vessazioni. Nel dritto romano la *bona fides* si presume fino a prova contraria. Ora se in un reclamo di proprietà o nel caso di una prescrizione si deve domandare se un tale possegga cose altrui in buona fede, in tali casi non si tratta propriamente dell' intenzione con cui egli ha acquistato ; ma bensì di una dimostrazione indiretta della sua scienza e coscienza : per farsi valere qual possessore in buona fede, ei deve dimostrare che non seppe di possedere ingiustamente ciò che non gli apparteneva. Il dritto civile, che nel deposito impone il risarcimento nel caso di negligenza, misura la *culpa*, come fa il dritto romano, per una via indiretta, cioè considerando in qual modo avrebbe amministrato

Digitized by Google

un buon padre di famiglia. Nel dritto penale, ed anche nel dritto civile in quanto riflette le offese, scomparisce di fatto la supposta antitesi fra legalità e moralità; poichè l'intenzione, il proponimento e il fine costituiscono un lato essenziale di essi, quali parti interne dell'azione esterna. La coazione che è annessa al dritto richiede quindi una giustificazione più profonda che non sia quella notata da Kant; il quale non vi scorge altro in essa che l'impedimento dell'ostacolo della libertà secondo leggi universali, ossia una pura rimozione esteriore. Il dritto finalmente si poggia nella procedura sulla intenzione, sulla santità del giuramento dei testimoni, sulla coscienza dei giurati e sulla imparzialità del giudice.

Così adunque devesi bandire la separazione fra dritto e morale, fra legge e costume, la quale non mena che all'esterna puntualità legale dei Farisei. L'erronea indipendenza giuridica, che passò per un progresso della scienza, non solo ha scontorto il diritto nella teoria, ma lo ha pure spogliato nella vita reale della sua dignità, lo ha ridotto ad un meccanismo e ne ha materializzato il concetto.

Ann: Cristiano Tommasio. Nazioni fondamentali del dritto naturale e internazionale, 1709.

Kant, *metaphysische Anfangsgründe der Rechtswissenschaft*. 1797. Seconda Ediz. 1798. Introd: pag. XVI.

Giovanni Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenshcaftslehre*. 1797. pag. 51.

È una conseguenza del modo di vedere di Kant che la nozione dell' ingiustizia è considerata come originaria e positiva, e quella del dritto come derivata e negativa. La nozione « Ingiustizia » dinota la natura dell'azione di un individuo, il quale estende si lungi l' affermazione della sua personalità, che addiviene la negazione della personalità altrui. L' infrazione nei limiti dell' altrui volere è quindi ingiustizia; e la pura negazione dell' ingiustizia è il diritto, a cui viene aggiunta ogni azione che non sia negazione del volere altrui per maggiore affermazione del proprio. A. Schopenhauer, *die Welt als Wille und Vorstellung*. Terza Ediz: 1859. I. §. 62 e specialmente pag. 400. Se pertanto si domanda a quale stregua si misura la maggiore affermazione del proprio volere, e come si possano

Digitized by Google

determinare i limiti inviolabili del volere altrui, si entra tosto nella nozione positiva del dritto.

§ 15. Secondo tali risultati la nozione del dritto sta in un'intima ed essenziale attinenza col contenuto della morale, e la dottrina filosofica del dritto è solamente possibile sul fondamento dell'Etica. Il separare il dritto dalla morale e la legge dall'etica è cosa tutt'affatto moderna. Platone e Aristotile trattano entrambe queste scienze col pensiero dell'unità; e nei principî del nuovo dritto naturale nè Ugo Grozio, nè il Pufendorf le hanno separate.

Ann. Platone nella Politica.

Aristotile nell'Etica (specialmente. *Ethik. Nicom.* Libro V.) e nella Politica, la quale deriva da un medesimo principio che l'etica.

Il dritto naturale di Leibniz è pure nell'aristotelica unità coll'etica. V. sul dritto di Leibniz le *historische Beiträge zur Philosophie* dell'autore II. pag. 257, seg.

Fra i nuovi autori il dritto naturale è variamente connesso coll'etica dai seguenti

Carlo Cr. Fr. Krause, *Abriss des Systemes der Philosophie des Rechtes oder des Naturrechtes.* 1828, e lo seguono

Dr. H. Ahrens, *die Rechtsphilosophie oder das Naturrecht auf philosophisch antropologischer Grundlage.* 1839. 4ª. Ediz 1852.

K. D. A. Röder, *Grundzüge des Naturechts und der Rechtsphilosophie* 1846. 2ª. Edizione del tutto riformata. 2 Parti. 1860, 1863. ed altri; poi

L. A. Warnkönig, *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts.* 1839 (eccleticamente secondo la designazione dell'autore).

Federico Giulio Stahl, *die Philosophie des Rechts.* 1830, seg. 3. Parti, 2. Ediz. 1847, combattendo con un indirizzo teologico e con decisa influenza sui contemporanei e con successo contro la dialettica della ragione impersonale universale e delle sue conseguenze nel diritto.

Federico Schleiermacher, *Entwurf eines Systems der Sittenlehre.* Dal manoscritto postumo di Alessandro Schweizer. 1835.

Dr. Giovanni Ulrico Wirth, *System der speculativen Ethik*, 1. e 2. Vol. 1841-1842.

Enrico Maurizio Chalybäus, *System der speculativen Ethik, oder Philosophie der Familie, des Staats und der religiösen Sitte.* 1850. 2 Vol.

Fichte, *System der Ethik.* La prima parte critica 1850. La seconda parte espositiva in due sezioni 1850.

Digitized by Google

L. A. Warnhönig, *philosophiae juris delineatio. Editio altera penitus retractata.* 1855. L'autore ripartisce i principi dell'opera precedente.

Hegel nelle sue *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrisse* (1828, ripubblicato da Eduardo Gans 1833), procedendo dialetticamente, ha posto il dritto astratto prima della moralità, ed entrambi prima del dritto concreto (famiglia, società civile, stato), e in questo riuniti. Lo seguono in ciò altri, come C. L. Michelet nel suo *Vernunftrecht.* 1866.

In un certo aspetto appartiene anche a questa dottrina la *allgemeine praktische Philosophie* di *Herbart* 1808 (ris. § 32), e quindi i relativi scritti di Hartenstein, Strümpell, Thilo e d'altri.

Nei stretti limiti del presente saggio non si può designare alquanto completamente la letteratura: per ciò che la riguarda noi rimandiamo il lettore al *Naturrecht und Politik im Lichte der Gegenwart* di Fer. Walter 1863; libro cotesto, che, mostrando la connessione fra dritto e morale, tien conto di quest' indirizzo anche nella letteratura; in particolar modo pag. 497 e seg. pag: 584 e seg.

§ 16. L'essenza del dritto riposa nella morale. Quindi in ciò che segue (§ 17-44) bisognerà determinare dapprima il principio etico, e poi da questo cavarne l' idea del dritto.

§ 17. Se dunque il compito è di cercare il principio della morale, le scienze che precedono e in cui devono geneticamente risiedere i germi dell' Etica, offrono due punti di partenza, l'organica concezione del mondo, e lo sviluppo psicologico dell'essenza umana. Alla ricerca del principio etico debbono guidare l'ultima idea della metafisica, la quale si dirama nell' Etica, e la nozione della psicologia che interpetra l'essenza dell'uomo e le condizioni reali della sua attuazione. Sarà pertanto necessario di toccare ambedue nel corso di questa disamina, ma soltanto di passaggio e tanto da andare intesi su alcuni punti. Parleremo prima della metafisica, quindi della psicologia (§ 35).

§ 18. La concezione del mondo è il pensiero fondamentale della metafisica, che, conseguente a se stessa, fonde in un tutto le speciali conoscenze e le armonizza, respingendo tutto ciò che a lei si oppone. L'Etica quindi e con essa il dritto naturale devesi informare a quella concezione del mondo che è conosciuta come vera ed è posta come fondamento.

Digitized by Google

Se dunque l'ultimo intento della metafisica è diretto a conciliare la più grande contraddizione, cioè la forza cieca e il pensiero autocosciente, e se il rapporto di questi due termini non si può immaginare che in triplice modo, cioè o che la forza cieca, come sorgente di ogni altra conoscenza, stia prima del pensiero autocosciente e se lo subordina come un suo prodotto, o che il pensiero preceda come sorgente alla forza cieca e la regga, o finalmente che entrambi, realmente gli stessi e solo distinti nel nostro intelletto, non sieno che espressione di una istessa essenza e non stieno fra loro in una connessione accidentale; ne segue che avremo tre concezioni del mondo essenzialmente distinte, la prima della causa agente (*causa efficiens*), concezione fisica e meccanica; la seconda del fine interno (*causa finalis*), concezione organica e teleologica; la terza, dell'indifferenza fra causa agente e fine.

Queste tre concezioni del mondo ponno essere nominate in un senso più ampio e secondo i loro autori Democritismo, Platonismo e Spinozismo; ed esauriscono tutte le possibili relazioni fondamentali che possa abbracciare la metafisica.

Se queste concezioni del mondo vengono sviluppate fino all'estremo, esse nonpertanto, si opporranno l'una all' altra; e la lotta si rinnoverà sempre fra loro, come la lotta delle ultime ipotesi.

La logica e la metafisica secondo il nostro modo di vedere si decidono per la concezione organica del mondo, e cercano di poggiarla su ragioni ben fondate. Al nostro intento basterà quanto segue.

La teoria dell' indifferenza (Spinozismo), poichè non riconosce nè può riconoscere lo scopo, nè altrimenti può spiegarsi che mediante la causa agente (forza cieca), ritorna all' intuizione della causa agente (Democritismo); essa fallisce al suo intento, poichè estingue nell' origine la più grande contraddizione, la forza cieca e il pensiero cosciente, metre in seguito l'adopera.

Nella meccanica concezione del mondo (della forza cieca) vi è solo fisica, non etica; perciocchè non vi ha un fondamento spirituale dell'esistenza, nè una vita individuale con un centro proprio. Or se tutto è forza di natura, a chi vorremo dar lode,

Digitized by Google

a chi biasimo? Il principio etico adunque deve cercarsi solo nella concezione organica del mondo.

La concezione organica del mondo si poggia in primo luogo sul gran fatto della vitalità, come sopra un fatto ideale della natura che contrabilancia la cieca estimazione delle forze. Senza il pensiero, come fondamento delle cose, quest'ampia sfera della vita è incomprensibile. La meccanica (fisica, chimica) è autorizzata, anzi è richiesta in lui, ma non il pensiero nella meccanica.

Dove la considerazione teleologica si eleva ad origine nell'assoluto, il dovere derivante in parte dallo scopo interno diviene volere (per esempio l'uomo deve pensare, l'occhio deve vedere). Ciò che il volere è nell'assoluto, è il dovere nel relativo, e l'uomo trasforma il dovere in un valore, quando vuole ciò che deve, quando vuole ciò che Dio vuole.

Ann. Riscontra la «distinzione fondamentale dei sistemi filosofici» nelle *Historischen Beiträgen zur Philosophie* dell'autore. II. 1855. pag. 1, seg: *Logische Untersuchungen.* 2ª. Edizione. II. pag. 458 seg. Ris. II. pag. 1, seg. Lo scopo e l'organico. Il cristianesimo come economia della salvezza si accorda con la concezione organica del mondo (ἐν ἀρχῇ ἦν ὁ λόγος) e non con le altre due.

§ 19. Egli è proprio del principio organico, che il tutto, fondato sopra un pensiero originario, sia prima delle parti e nelle parti, e che conformemente alla destinazione interna si compia in se e nelle parti. Or come il grado precedente si continua come fondamento nel seguente, similmente l'organico rimane nell'etico (§ 2). Il carattere di un tutto che per uno scopo interiore, si suddivide, si sviluppa, e si compie, riposa nell'etica, sebbene formi e assuma un'impronta speciale. Ciò, che a lui si oppone, non può valere come principio dell'etica o come una sua conseguenza. Valga, ad esempio, nella natura lo sviluppo della pianta dal seme secondo il tipo della sua specie, nell'etica lo sviluppo dello stato dall'unità del potere che si rivolge alla protezione degli scopi umani.

§ 20. In tal guisa è contrasegnata la forma in cui la vita etica deve spiegarsi e svilupparsi. In seguito, trattandosi di determinare il contenuto che ha il principio, sarà possibile di cer-

Digitized by Google

carlo o nell' individuo come tale (§ 21-26), o nella comunità etica come tale (§ 27), o nell'accordo di questi due. In questo triplice rapporto le importantissime determinazioni dell'essenza della morale sono storicamente rivelate dai singoli sistemi, e la singola osservazione filosofica procede con molta sicurezza, poichè tien conto di queste tracce storiche.

§ 21. L'uomo, considerato come singolo, già presenta vari lati che sono atti, posti come centro, ad attirare a se e a determinare tutto il resto come principio del cieco appetito, il quale per la sensibilità acquista un potere evidente fino alle attività universali, che menano immediatamente al mondo degli uomini e delle cose. Se la considerazione etica comincia dall'appetito, essa si eleva da se stessa a delle attività più universali, senza di cui vi ha bensì vivo appettito animale, ma non quello propriamente umano. Nelle dottrine etiche in generale, le quali partono dall'individuo, si potranno distinguere soltanto sistemi dell'appetito (§ 22. § 23), e sistemi dell'attività (§ 24-26).

§ 22. L'appetito, per cui la vita individuale si sente come ingrandita nella sua natura e cerca il godimento della sua esistenza, si rivela quale scopo più singolare e più particolare fra i particolari dell'individuo.

Questo principio, che è la molla della maggior parte degli uomini, si è elevato teoreticamente a morale dell'Edonismo (Aristippo, Epicuro); e per la sua natura atomistica è in una connessione logica colla concezione materialistica e meccanica del mondo. Il piacere è un nome generale, ma i modi speciali della sensibilità sono si peculiari e distinti, come il sollettico del palato, il diletto delle orecchie, il piacere di venere e la soddisfazione del pensare, che appena si comprenderebbero sotto un solo nome, se non avessero di comune la conservazione di se stesso. Nel piacere noi sentiamo la nostra propria vita in esso mantenuta ed ingrandita; noi lo sentiamo senza pensarlo, quindi solo nel momento, solo nel punto, solo nella parte, senza connessione, solo in lati sparpagliati della nostra esistenza. In questa opposizione del sentimento col pensiero sta appunto il pericolo etico. Il piacere, considerato in se, momentaneo e individuale, vario e inquieto non è adatto ad essere il principio

Digitized by Google

della moralità, che come tale dev'essere immanente e universale, eguale a se stessa ed a se stessa costante. Se il piacere viene assunto a principio, la cieca instabile vicenda del piacere e dell'appetito, l'eterna schiavitù dell'uomo viene levata a dominatrice—« Nella passione io languisco per godimento, e nel godimento io languisco per passione. » Il piacere privo di carattere non può essere il dignitoso principio etico; ed il calcolo assennato della vita ad ottenere la maggior somma di piacere non toglie questo difetto.

Se il piacere è assunto a principio, esso sarà, o il vivo piacere del bruto e dei sensi, o il piacere delle umane attività, come sarebbe del pensiero, dell'imaginazione, dell'azione. Usualmente è il primo.

Un tale piacere, la cieca vaghezza della vita animale, opera come tale indebolendo e snervando. Quando il piacere è assunto a principio, le forze spirituali, destinate a sottomettersi la natura, divengono invece sue serve. Se il godimento cercato per amore del godimento e il piacere per amore del piacere ed il pensiero che diventa e che distingue vi è impiegato solamente per aguzzare lo stimolo del diletto e per accrescere la voluttà del piacere, ne nasce il ricercato godimento sensuale e le degradata voluttà, che pervertiscono l'uomo in se stesso. Il più gentile *Edonismo* ci invita tutto al più ad un banchetto della vita spiritualmente condito—Se si pone per principio il basso piacere, l'uomo non è più uomo, il volere non più volere, perchè ad esso manca l'unità e la forza. Timore della morte e debolezza accompagnano la massima del piacere; ed ai popoli immersi nel piacere attende rovina.

Su questo grado l'uomo rimane un animale che sa godere, ed in ciò solo consiste la distinzione della sua natura; poichè l'animale rapace non gode, divora avidamente la sua rapina. L'ideale della vita è il godimento, e la coltura lo raffina. L'uomo scava l'oro per godere di se negli ornamenti; egli inventa lo specchio per vagheggiare le sue fattezze; egli inventa il cerimoniale per godere il riflesso del suo potere; egli accumula danaro per godere la molteplice possibilità dei piaceri: nell'istes-

Digitized by Google

sa armonia dell'arte non gode che l'occhio e l'orecchio; e nella scienza ei gode la forza del suo pensiero.

Raramente il piacere sarà assunto a principio in modo, che esso per amor di se stesso venga cercato come tale solo nelle attività umane, come nel pensare, imaginare e agire. Non pertanto se queste attività si cercano solamente per il piacere che apportano, esse infallibilmente si corrompono appunto per ciò, e non si compiono e perfezionano nella forza e nella purezza, di cui esse sono capaci. Allora si pensa sol tanto, per quanto il pensiero promette piacere.

Dove il godimento diviene lo scopo della morale, ivi regna la morale dell'oro, per cui si comprano i godimenti, ivi l'uomo, non più spirituale e morale, è abbandonato alla vaghezza delle cose, e la volontà si converte in egoismo.

Adunque il piacere, sebbene sia la più possente molla della vita individuale, non può essere assunto a principio, e deve stare altrove che non al centro. Si mostrerà più innanzi qual sia il posto che gli spetti. Se il piacere allora solamente diviene umano, quando non ricercato, nasce spontaneo dalle attività umane, le quali ampliano la vita individuale; esso per tale connessione cede il posto alle attività generali, e mostra l'inferiorità del proprio grado. Ma quando il piacere si eleva a principio, i termini sono capovolti, e si pone a fondamento ciò che non è che conseguenza

Ann. La suddetta dottrina ha di mira il principio del piacere come tale, e l'azione che esso ha nella vita quando diviene sentimento. L'*epicurismo* rappresenta nella storia della filosofia l'etica del piacere; ed è noto in quali tempi corrotti ebbe esso i suoi numerosi seguaci. Se non pertanto la dottrina di Epicuro nella sua forma schietta ha un lato virile in quanto esso combatte ogni paura, e vede scaturire dalla paura tutti gli errori degli uomini, ciò non deriva dall'etica del piacere, la quale necessariamente rende fiacco e timido; ma sibbene è, come specialmente in Lucrezio, una correzione fatta da un carattere più elevato nel principio medesimo; però a suo rispetto una inconseguenza. La critica di uno stoico (Gellio IX, 5) giustamente comprende l'ebbrezza del piacere come puramente momentanea, quando designa l'armonia fra il piacere e il suo modo di concepire il mondo in questo modo: ἡδονή τέλος, πόρνη

Digitized by Google

δόγμα· οὐκ ἔστι πρόνοια οὐδέν, πόρνη δόγμα, — ciò che al mondo di dire di Lutero si tradurrebbe: Il piacere, come scopo della vita — teorica da postribolo; non v'à provvidenza — teoria da postribolo.

§. 23. Invece del piacere singolo degl'individui può essere assunto a principio di morale il piacere più alto di tutti i singoli uniti in società. Allora il principio del piacere, come nelle singole dottrine socialistiche si costituisce a sistema del *benessere universale*. In tal modo l'individuo è desciplinato dalla generalità, poichè si ha in mira non il suo piacere, ma il piacere di tutti. Ma l'ultimo intento sì per i singoli come per la generalità rimane sempre il piacere che cerca se stesso, e lo spirito rimane ancora soggetto alla materia.

§. 24. Nell'amore di se stesso, che si è costituito a morale del ben inteso interesse, l'ultimo movente è pur sempre il piacere e il dispiacere; l'amor di se stesso, si accorda più o meno in un modo più basso o più elevato coll'amor proprio di tutti. La morale del ben inteso amor proprio si estende solamente di tanto, per quanto si estende la fede nel proprio utile e nel suo significato. L'energia del proprio interesse, più durevole e più prudente dello slancio momentaneo dell'entusiasmo, assennatamente calcolato e impiegato per altri, è la forza di questa morale che vige nel traffico della vita; ma il suo più alto prodotto, quanto a valore etico, è l'amore del mercenario (il mercenario che non è il pastore, poichè le pecore non son sue, fugge se vede venire il lupo, perchè egli è un mercenario, Giov, X, 12); ond'il volere rimane imprigionato nell'egoismo. Se nell'interesse di se stesso vi si pone un senso ideale, esso troverà il suo principio in un'altra sorgente. L'Eudemonismo del passato secolo, quantunque mischiato a sentimenti di simpatia, ha sostanzialmente a sua base questa natura dell'amore di se stesso.

Ann. Risc. Elvezio per es. *de l'homme.* 1776. 4. c. 4. seg. *Système de la nature ou des loix du monde physique el du monde moral.* 1770.

Federico il Grande, *essai sur l'amour propre envisagé comme principe de morale.* 1770.

Quanto all'Eudemonismo tedesco riscontra Feder, *praktische Philosophie.* 4ª. Ediz. 1776. Schlosser, *über Shaftesbury von der Tugend.* Basilea 1785.

Digitized by Google

§ 25. Il principio diviene più generale e più fecondo della cieca molla del piacere, quando lo si cerca nella conservazione di se stesso diretta principalmente alla conservazione della propria vita. Su tale fondamento Hobbes riconduce ad una base negativa tutte le virtù, come la giustizia, la gratitudine, la pietà, poichè senza di esse nascerebbe una guerra di tutti contro tutti, nella quale la propria conservazione rimarrebbe in pericolo.

In questa dottrina il timore dell' annientamento è il primo movente della virtù, e quindi l'Io, che si vuole conservare, è riguardato senza un valore ideale, ma solamente come una forza fisica, la quale vuol conservarsi e difendersi (§. 10). Spinoza tratta questo principio più profondamente, poichè ei s'affatiga, mercè una concezione psicologica tratta dalla nozione della forza, di dare alla conservazione di se stesso un contenuto razionale; perciocchè le passioni dell'uomo, benchè si atteggino come forza, sono invero diminuzione di forza (*impotentia*) e contraddicono alla conservazione di se stesso. La ragione (*l'intelligere*) è la vera forza, poichè essa ci libera dalle passioni, e procaccia fra gli uomini un accordo che aumenta la forza individuale (§. 11). In questo movimento il principio si appropria un contenuto maggiore, che non ha per se e in se; e la conservazione di se stesso acquista un significato più alto, poichè ora scaturisce non più da se stessa, dal nudo impulso della propria vita, ma dalla natura universale e razionale dell' uomo, per la quale solamente può essere compresa.

Ann. Hobbes *de cive* 1646, risc. specialmente c. 3.

Spinoza *ethica* 1677, specialmente il libro IV e V, ed anche il *tractatus theologico politicus* 1670. c. 16. Già i Peripatetici e gli Stoici stimarono la conservazione di se stesso come una legge della natura umana; ma questa dottrina nella sua relazione collo scopo interno presso di loro si sviluppa diversamente.

§ 26. Tutti gli aspetti che finora abbiamo considerati, piacere, egoismo, propria conservazione, nascenti dall'individuo come tale come da una propria forza, si connettono nella concezione meccanica del mondo, e si oppongono alla concezione organica, la quale chiede per principio una idea o un sistema (Plan), Se

Digitized by Google

intanto la conservazione di se stesso si estende fino al proprio perfezionamento, il perfetto, che si è ottenuto, presuppone la misura di uno scopo interiore, e questa espressione altissima di un principio subbiettivo appartiene quindi ad una concezione organica del mondo. Intanto il proprio perfezionamento, come principio etico, non è sufficiente, giacchè per raggiungere il proprio intento, esso abbisogna del perfezionamento altrui, (V. Cris. Wolf.) e manca di un vero movente, poichè del perfezionamento altrui ei non fa che un mezzo del proprio.

Ann. Cristiano Wolf, *vernünftige Gedanken von der Menschen Thun und Lassen.* 1720.

§. 27. Se si percorre collo sguardo la serie dei principî tolti dal singolo, come tale, si vede com' essi vanno man mano progredendo (piacere, propria conservazione, proprio perfezionamento), e nobilizzando la subbiettività. Indi, per giungere al loro scopo, indirettamente v' introducono l'obbiettivo, che essi dapprima esclusero — piacere generale, utilità universale, perfezionamento altrui — e quindi pervengono a cercare il principio da un lato opposto al singolo, cioè dalla comunanza di un tutto morale. Un tal principio potrebbe significarsi nel *salus publica suprema lex esto.* Ma questo antico detto non esclude nel senso originale la universale *salus privata,* anzi piuttosto ne la racchiude. Se in opposizione alla privata prosperità si elevi la pubblica talmente a principio, che essa dispoticamente formi e distrugga gl'interessi dei privati nel suo solo interesse, come nella morale rivoluzionaria, e che tutto divenga legale per il meglio della pubblica prosperità, in tal caso ella diviene non altro che un pretesto dell' egoismo per assoggettare i dritti dei privati ai pretesi dritti della comunità. La società del tutto perde la sua misura etica, se non riconosce e realizza nei privati lo stesso principio umano che fa valere per se, e viceversa se non realizza in se lo stesso principio umano che riconosce nei privati.

Una sicura prova che la base della morale dell'egoismo è oscillante e incerta si ha in Elvezio il quale per alcuni anelli intermedi arriva al risultato opposto: *tout devient lègitime pour le salut public.*

Digitized by Google

§ 28. Dai risultati finora ottenuti nè l' individuo per se, nè il tutto per se può essere elevato a principio della morale. Il principio individuale (amor proprio, propria conservazione) può avere un valore etico solamente in quanto racchiude in se l' idea del tutto, e così il tutto, l'universale, può esser vero solo in quanto è fondato sul principio individuale. Bisogna quindi studiare e intendere il modo come l' individuo si connette al l' universale e questo all' individuo.

§ 29. Una tale connessione si manifesta primieramente nella forma più individuale, nella forma cioè del sentimento, in quanto che il piacere in armonia delle inclinazioni individuali e sociali viene compreso come essenza del bene etico.

Se si ammette questa opposizione fra le tendenze individuali e le sociali, bisogna riconoscere che il principio della loro unità rivela come un eco le due tendenze dei nostri sentimenti, già accennate come necessarie all'individuo e al tutto. Ma siccome tutte le inclinazioni derivano da un fondamento non solido e facilmente eccedono, così l'armonia delle inclinazioni individuali e generali non è sufficiente a costituirne un giusto ed esatto criterio. Tale armonia, compresa soltanto in un sentimento indeterminato, non può essere elevata a principio della morale 1).

§ 30. La simpatia mercè una tendenza obbiettiva supera il piacere e il dispiacere individuale. La natura umana è capace di prender parte ai sentimenti altrui e di provar piacere in una tale corrispondenda. In essa il sentimento individuale si diffonde, e benchè individuale, addiviene universale, se il punto dal quale si osservano le proprie azioni si pone nel sentimento altrui, o meglio in quello degli uomini in generale, e si cerca di comprendere fin dove gli altri possano simpatizzare colla propria azione.

Adamo Smith così sviluppò una tale dottrina: Se i sentimenti altrui, ei dice, sono tali, che per lo stesso oggetto ecciterebbero anche i nostri, noi gli approviamo e li riteniamo giusta-

1) Shaftesbury *inquiry concerning virtue and merit.* 1699.

Digitized by Google

mente come morali. Per ottenere quest' armonia fa d'uopo, che chi prova piacere o dispiacere, abbassi l'espressione del suo sentimento a quel punto fino a cui gli altri possano elevare la loro simpatia (sul quale principio si fondano le grandi virtù dell'abnegazione e dell' impero sopra se medesimo) e che gli altri a lor volta elevino la loro simpatia al livello del sentimento originario. La simpatia con la gratitudine di quelli che mercè buone azioni hanno ricevuto dei benefizi ci fa proclivi a riguardare i benefattori come meritevoli di premio, e forma il sentimento del merito; come la simpatia col disdegno di coloro che sono rei di delitti ci obbliga a riguardarne gli autori come meritevoli di pena, e forma il sentimento della colpa. Cotesti sentimenti non solo esigono buone azioni, ma ancora benevoli motivi, poichè il loro merito è formato dalla simpatia diretta verso la buona intenzione del benefattore, e della simpatia indiretta di quelli che ricevano il benefizio. Nel caso opposto hanno luogo opposti sentimenti. I nostri sentimenti morali rispetto a noi medesimi derivano da quelli che gli altri hanno rispetto a noi. Noi ci poniamo come spettatori della nostra propria condotta , e cerchiamo di rappresentarci qual' effetto produrrebbe in noi una tale indagine riflessiva. Il sentimento del dovere nasce , quando ci poniamo al posto degli altri e ci appropriamo i loro sentimenti relativamente alla nostra condotta In assoluta solitudine ciò non sarebbe possibile. Le regole della morale sono un compendio di questi sentimenti, e vi prestano sovente buoni uffici, quando l'inganno della passione non ci occulta che il nostro stato di animo non si accorda con ciò che secondo le circostanze può essere appropriato ed approvato dal prossimo imparziale. Da questo lato noi impariamo a sollevare il nostro spirito dalle momentanee e locali pretensioni ai segni più sicuri dei sentimenti universali e durevoli degli uomini.

Se si volesse formulare una legge morale su questa seducente teoria, essa vorrebbe dire: Opera in modo che gli altri possano simpatizzare con te. In questo modo si pone a fondamento di tutta la morale una sorgente psicologica dei nostri sentimenti. La nostra vita individuale tende a riscontrarsi ed affermarsi nell'opinione e nel giudizio degli altri, perchè si sente

Digitized by Google

trasportata e confermata in essi, e avverte se stessa nel riflesso del piacere altrui. Per tal riguardo il sentimento individuale si estende, e, sebbene individuale, accoglie in se una tendenza verso gli altri; e questo carattere della nostra natura ci rende adatti ad acquistare una norma morale. L'imparziale e sereno spettatore esprime un sentimento di approvazione o disapprovazione, poichè egli è libero dall'impaccio dei torbidi affetti personali per quanto il suo sentimento si sottrae dal contingente e porticolare. Bisogna riconoscere che l'universale, il quale esiste talvolta solo nel pensiero, ora comparisce nel sentimento. Ma il rifiesso di un rapporto morale in un terzo, nel giudicante spettatore, il riflesso dei nostri sentimenti nei sentimenti imparziali degli altri, rimane sempre un rigiro della coscienza, e può solamente servire come una pura approvazione o disapprovazione. L'altrui simpatia è quindi una pruova, ma non un principio della morale. Qui si pretende che il volere etico si regoli dietro l'altrui simpatia, sebbene in lui abbia maggiore efficacia la simpatia propria e diretta. La simpatia originale è un impulso naturale ad aprir l'anima da un imbarazzo egoistico ad un sentimento universale: così adesempio il racconto del pietoso samaritano confonde la superba indifferenza del pregiudizio, e ravviva il sentimento umano: nell'abolizione dei sacrifizii umani trionfò sulla selvaggia superstizione e sulla cieca paura il sentimento di ribrezzo alla sanguinosa morte dell'uomo: nella lotta contro la conservazione della schiavitù il sentimento dell'oppresso ed avvilito vinse sulla superbia e sull'egoismo: e il sentimento del nemico vinto cangia l'odio in magnanimità. La compassione, vincendo gli affetti egoistici, c'infonde sentimenti più miti: mentre nell'uomo naturale la gioia per un bene altrui facilmente è spenta dall'invidia, la compassione invece nell'uomo civile sorge più spontanea e pura. Così il progresso della simpatia determina parimente il progresso dell'umanità nella storia del mondo. Questa simpatia originale coopera invero sull'attento spettatore, ma debolmente. In quella norma l'impulso morale non è tratto dalla simpatia originale, sibbene dalla simpatia alla simpatia dello spettatore. Questa deviazione allontana dalla prima sorgente vitale dei sentimenti

Digitized by Google

morali : oltrechè si domanda a sapere chi sia l' imparziale spettatore. Le relazioni umane cambiano a ragion della distanza; colla lontananza si scema la simpatia, e colla vicinanza l'imparzialità. Quindi la norma morale tratta dalla simpatia verso gli altri non è sicura, e diviene talvolta pericolosa. Pel medesimo principio , pel quale noi siamo un prodotto del giudizio altrui può, man mano che la cerchia si restringa, cangiarsi la nostra volontà in ispirito di famiglia e in pregiudizio di casta, anzicchè in un sentimento universalmente umanitario. Finalmente fin quando la simpatia come sentimento viene assunta a principio , la norma , perchè subbiettiva , rimarrà indeterminata e variabile. Nel sentimento e nella simpatia manca alla volontà il pensiero per divenire forte e pura e per elevarsi sull'individualismo. In tali rapporti la volontà non è ancora pervenuta alla sua vera natura.

Se daltronde si domanda dove risieda il fondamento della simpatia universale , la risposta rientrerà nella omogeneità della natura umana, cioè nei rapporti obbiettivi della umana essenza, come ad esempio nella originaria sociabilità dell'uomo. Con ciò si offre un nuovo indirizzo , in cui è da cercarsi il principio della moralità; e la simpatia generale , che noi ricaviamo non dalle cose ma dal giudizio altrui apparisce soltanto come una conseguenza.

Ann. Adamo Smith, *the theory of moral sentiments.* 1759.

Schopenhaner ha designata la pietà come la sola ed unica sorgente della morale, poichè da essa deriva la virtù della giustizia e della filantropia. (*Die beiden Grundprobleme der Ethik.* 1840. Seconda Ediz. 1860. § 16 e seg. pag. 205).

Un'azione ha un valore morale solo in quanto deriva dalla pietà. Se la pietà, reagendo a motivi egoistici e pravi , mi rattiene dal recare dolori ad altri, ovvero dal divenire causa di altrui dolore, essa produrrà la giustizia ; se all' opposto , positivamente operando, mi spinge ad un aiuto operoso , produrrà la filandropia. Senza dubbio la pietà è più affine all'amore che alla giustizia; ma ciò non spiega interamente nè l'uno nè l'altra. La pietà, sentimento disinteressato , mentre coopera ad allontanare l' Io egoistico ed a fare proprio l'altrui affanno , conduce all' amore , il quale è

Digitized by Google

più vasto della pietà, e gioisce anche all' altrui felicità. La virtù della filandropia è più comprensiva della pietà, e l' amore presuppone la conoscenza dell' oggetto amato. Ma la notata affinità fra pietà e giustizia è solo apparente, poichè la loro connessione non è immediata. Se l'ingiustizia (offesa) è un concetto positivo, come per Schopenhauer (v. sopra § 14. *Ann.*) e il dritto solo una negazione, come un non offendere, la pietà, che si rappresenta l'effetto di una offesa e il dolore che cagiona, può rattenere dal commettere un'ingiustizia: ma una tale pietà, che ci comanda di evitare l' ingiustizia (offesa) non è l'impulso proprio della giustizia attiva, che edifica gli stati, ordina il commercio, che trova e difende i confini; nè la passiva pietà, movimento incostante del cuore, è il sentimento della vigorosa giustizia, che è destinata a dare costantemente a ciascuno il suo. Della coerenza di questa morale colla metafisica melanconica di Schopenhauer si è trattato nelle *logische Untersuchungen* (2ª. Edizione II. pag. 101 e seg.). In una dottrina, secondo la quale l'intelletto, come facoltà secondaria, non ha la facoltà di agire sulla volontà, non può essere concepito nè l'amore, che deve andare pari passo colla conoscenza, nè la giustizia, che in se racchiude il concetto della forza e del pensiero; nè questo difetto può essere compensato dal cieco affetto della pietà.

§ 31. L'universale, che è sempre un prodotto del pensiero, si manifesta nel sentimento soltanto come accessorio, cioè come il riflesso dell' azione. Ma l'universale in rapporto al principio etico deve farsi valere in una maniera più adeguata, che non sia nel sentimento. L'universale è talmente l' essenza della ragione, che esso come tale, e in quanto equivale alla necessità, non è concepito dall'esperienza esterna e fortuita. L'azione razionale è quindi mostrata come un universale. Kant concepì questa forma dell'universalità come pensiero fondamentale dell'Etica, poichè egli sottoposte al giudizio dell'universale la massima delle nostre azioni, cioè il principio subbiettivo, onde riconoscerlo nel suo valore etico. Il suo categorico imperativo così suona: « Agisci in modo che la massima del tuo volere possa in ogni tempo valere come principio di una legislazione universale. » Un tale principio respinge ogni particolarità, che non possa essere egualmente universale, e quindi ogni capric-

Digitized by Google

cio ed egoismo ; l' universale, come determinazione fondamentale dell'azione , rifiuta ogni altro impulso che non sia l' idea della legge; dal che nasce la grande nozione della volontà pura.

Il significato di questa concezione etica riposa nel rigore dell' universale in cui è respinta l' egoistica individualità e con essa l' impulso del male. Ma l' universale è compreso anche da Kant inperfettamente : esso è solamente un universale formale , ed è opposto esteriormente alla materia della volontà empiricamente conosciuta: esso non è un universale che in se contiene il particolare e lo sviluppo; sicchè non assegna nell'azione umana alcun posto proprio all'individuo; esso vuol solamente il razionale universale, ma non l'umano nella sua particolarità. Onde sa si poco della natura umana, che respinge da se assolutamente il punto più intimo della individualità umana, cioè il sentimento del piacere e del dispiacere. Esso è solo un universale formale, a cui la materia viene di fuori, e non un universale formatore di un' idea. Il categorico imperativo non è il principio comprensivo della morale, ma soltanto l'uniforme espressione di un criterio.

Ann. Kant, *Grunlegung zur Metaphysik der Sitten.* 1785. *Kritik der praktischen Vernunft.* 1788. Riscontra le *historische Beiträge* dell'autore III, 1867, pag. 171 e seg.

§ 32. Se l'universale si volesse determinare più distintamente che non è fatto nella uniforme nudità di Kant, esso non potrebbe addivenire il vero principio della morale, se non traendolo dalla materia dell'azione, ossia comprendendo l'universale concordemente alla relazione degli elementi necessari dell'azione, e assegnandogli il concetto dell' armonia. Herbart trova il fondamento dei concetti morali in questo carattere estetico, e designa in questa maniera le sue cinque idee pratiche come concetti formali che reggono le relazioni armoniche e disarmoniche dei desideri , poichè pronunziano in modo assoluto approvazione o disapprovazione. Secondo lui l' idea della libertà interna nasce, quando la volontà corrisponde alla conoscenza, ed entrambe d'accordo affermano o negano; nasce l'idea della perfezione, se i rapporti delle quantità vanno concordi nelle loro

Digitized by Google

tendenze; l'idea della benevolenza, se la propria volontà si accorda all' altrui in se e per se e senz' altri motivi ; l' idea del dritto, se l'accordo della maggior parte delle volontà addiviene regola che previene le lotte ; e finalmente l' idea dell' equità , quale idea della ricompensa meritata. Queste idee originali costituiscono insieme l'essenza della morale. Dal presupposto che parecchi esseri ragionevoli si accordino in unità e possano essere riguardati come un tutto, ne scaturisce l'idea dello stato; dall'idea del dritto scaturisce la società legale; dall' idea dell'equità il sistema della ricompensa; dall'idea della benevolenza il sistema amministrativo; dall'idea della perfezione il sistema della coltura; dall'idea della libertà interna la vigorosa società, la cui essenza sta nella comune obbedienza alla volontà di tutti i consociati.

L'armonia in verità è il carattere rivelatore della morale, e il bene in tale pienezza si converte in bello. Ma si domanda se il concetto formale come tale, l'armonia dei rapporti delle tendenze, possa rivelare il bene in guisa , che l' essenza piena ed intera della morale possa essere costituita dalla forma dell'armonia. Il principio armonico , come elemento estetico , sta nella relazione del concetto esterno coll'interno; quindi esso non è causa, ma effetto: esso è conseguenza di un fondamento più profondo. Se il buono dev'essere il bello, se esso non dev'essere da meno del bello della natura organica, il quale è la rivelazione concorde degli scopi e dei mezzi, se non dev'essere da meno del bello artistico, alla cui base sta un'idea, la forma dell'armonia nella morale deve scaturire dal contenuto dell' idea , e non al contrario il contenuto dell'idea dalla forma dell'armonia. Facendo dell'armonia, che è la forma necessaria del concetto esterno della morale, l'essenza interna ed il principio, si scambia ciò che è la conseguenza (il *consecutivum*) con l'essenza originale (*il constitutivum*). Per l' analogia del bello nella natura e nell'arte l'armonia , come forma universale della moralità, esige a fondamento la necessità di scopi reali.

Ann. Giovanni Federico Herbart, *allgemeine praktische Philosophie.* 1808. Risc. pure su questo speciali difficoltà delle idee pratiche di Her-

Digitized by Google

bart il trattato dell' autore : *Herbarts praktische Philosophie und die Ethik der Alten* nelle Memorie della R. Accademia delle scienze. 1856, e nelle *historischen Beiträgen zur Philosophie.* Parte terza. 1867. pag. 122 e seg.

§ 33. La contemplazione dell'universale deve penetrare nello scopo interno per stabilire il principio. Secondo la concezione organica del mondo l'essenza delle cose riposa in un pensiero creativo; e quindi il principio etico può essere compreso in modo, da prendere e trattare le cose secondo la divina destinazione. Un cenno di questo principio si trova presso gli Stoici, che riconobbero la ragione nella natura, ma contemplarono l'armonia della vita colla natura da un lato subbiettivo. Secondo il lato obbiettivo Clarke fa nascere la morale trattando ciascuna cosa secondo la sua propria natura in rapporto coll' umana (*fitness of things*), poichè l'ordine delle cose è fondato sull'armonia del tutto mondiale. Questo pensiero, sebbene giusto nel suo fandamento universale, è molto lontano dalla misura del principio etico, il cui determinante in prima linea non può essere la interna conformità allo scopo delle cose esterne a noi estranee e difficilmente riconoscibili ; poichè bisognerebbe trattare dapprima l'universale natura umana concepita nella sua determinazione interna.

Ann. Samuele Clarke, discepolo di Newton, *discourse concerning the unchangeable obligations of natural religion*, 1708.

§ 34. L'esame dell'universale (§ 33. risc. § 19) mena all'idea della essenza umana, non altrimenti che l'esame del Principio, quantunque tratto dal lato individuale (§ 25. 26.). All'uomo non può esser dato altro compito che di realizzare la idea della sua natura; l'uomo non può comprendere, nè riconoscere nessuna altra idea; un compito, che contraddica all' idea della sua natura, o gli sfuggirebbe, o dovrebbe essere, come il male, da lui respinto. Tutti i grandi sistemi obbiettivi dell' Etica hanno in mira di realizzare l' uomo come uomo ; come nominatamente Platone ed Aristotile nell'antichità. L'etica di Platone è lo stato. Ma il suo stato dev'essere l'uomo completo, un uomo in grande, in modo che le tendenze psicologiche date nell'essenza dell'uo-

Digitized by Google

mo trapassino in lui, ed in subordinazione ad un'armonica unità. Aristotile nell'etica parte dal punto di vista della felicità umana, la quale si effettua solo nel compimento delle attività proprie dell' uomo come uomo. In questo senso egli, per dare un'idea della virtù, entra a parlare delle funzioni proprie dell'uomo. Come occhio, mano e piede ed ogni membro hanno la loro propria funzione, così l'uomo ha propriamente una funzione universale, che risiede nell'operosità e nei rapporti della ragione.

Quest'antica concezione è semplice e vera, ed apre il campo ad una comprensione più profonda dell' Etica. In Platone ed Aristotile, nominatamente per lo stato dei tempi antichi a riguardo dell' uomo, il principio umano viene concentrato nello stato, e si realizza soltanto in un piccolo numero di privilegiati.

Ann. Aristotile, *eth. Nicomah.* I, 6. II, 5. τὸ ἐκυτοῦ ἔργον. Nel modo organico di concepire il mondo, in cui tutto è strumento di un problema ed organo di una funzione, questo principio si mostra conseguente a se stesso. È notevole come l'istesso Spinoza, che è contrario a riguardare il mondo organicamente, venga ad un consimile pronunziato: *eth.* IV, *defin. 8. Virtus, quatenus ad hominem refertur, est ipsa hominis essentia seu natura, quatenus potestatem habet, quaedam efficiendi quae per solas ipsius naturae leges possunt intelligi.*

§ 35. Ciò stabilito, si tratta ora di determinare l' idea dell'uomo: e ciò entra nel campo della psicologia (§ 17).

Se si pretendesse di dichiarare erronea la via psi ologica, poichè il dovere non può derivare dall' esistente; si eccederebbero i limiti della obbiezione: perciocchè un tale appunto può valer solo pel grado matematico e fisico, solo sul campo della causa efficiente; ma non pel grado organico ed etico, il cui ultimo intento è la ricerca dello scopo interno, che è l' essenza delle cose, in quanto che domanda ciò che le cose vogliano e debbano. Ond'ei può ben esser compito di una ricerca psicologica, la quale cerca l' essenza dell' uomo nelle rivelazioni esterne ed intende le rivelazioni come derivanti dal Tutto, di trarre dall' esistente l' idea dell' uomo e fino ad un certo punto del dovere.

In tutte le cose l' elemento specifico è il principio e la differenza specifica la sorgente delle operosità essenziali e proprie.

Digitized by Google

Quindi sarà necessario di determinare il principio organico, come principio della comunità con ciò che sul suo fondamento rende uomo l'uomo, e di distinguere dall'organico della natura l'essenza umana che si solleva al di sopra di essa.

Come nell' organico della natura si rivela un pensiero interno come impulso all'esistenza, così pure nell' uomo si rivela come sua essenza fondamentale un'ardente brama. Il pensiero ivi è nascosto a se stesso, o tutto al più ciecamente sentito, e nell'uomo invece giunge alla coscienza di se. La reciproca azione del pensiero col desiderio e col sentimento e la consciente universalità nella sua azione sui ciechi movimenti del particolare formano l'essenza propria dell' uomo. Mentre l' universale ascende a signoria, e a poco a poco compenetra il particolare, sicchè il pensiero solleva l'appetito e il sentimento, e a lor volta l'appetito e il sentimento spingono e ravvivano il pensiero; l'osservazione sensibile e l'egoistica associazione delle idee alla lor volta divengono conoscenza dell'essenza, il cieco appetito diviene volere, la sensibilità sentimento e l'operosità dell' istinto azione e creazione. E mentre l'organico della natura è legato dal pensiero,ad esso estraneo, il principio etico all'opposto,riconoscendo e volendo il pensiero creativo della sua essenza, diventa quasi libero organismo.

L' individuo,isolato,rimarrebbe nel puro e cieco organico; onde la sua elevazione ed il suo affrancamento diviene solamente possibile nella società.

La società è la spiegazione di ciò che riposa nell' idea dell'uomo non come isolato, ma come organo di un tutto, che, restando fermo, pur si continua e si rinnova. Questo problema s'intreccia nella storia e nella società delle stirpi che si succedono: e la progressiva effettuazione dell'idea dell'uomo è l'impulso della storia universale, in cui l'individuo va sempre più moralizzandosi. L'uomo è una essenza storica, in quanto l'individuo addiviene un membro dell'uomo obbiettivamente considerato, dello stato storico, e infine della umanità sviluppantesi nella storia.

Anticamente Aristotile designò la destinazione dell' uomo coll' espressione di ente politico (ζῶον πολιτικόν), di ente nello

Digitized by Google

stato, e lo designò come l'essenza della società durante la sua vita. Solo nello stato l'uomo sviluppa la sua natura umana. Ma questo concetto non è ancora sufficiente. L'uomo è un ente storico, un ente della società storica, nato e nudrito nella forma speciale di una storia, alimentato da essa che a sua volta è da lui continuata ed ampliata: l'uomo è un membro che dal passato vive nell'avvenire e sempre operoso in questo grande passaggio. Infatti l'uomo individuale è da per tutto determinato da ciò che è dietro di lui, cioè dalle precedenti generazioni, dalla famiglia in cui egli è nato, dalla storia del suo popolo in cui vive, dalla religione che opera sul suo spirito, dalle acquistate esperienze, a cui prende parte, e dalle fatte scoverte, i cui frutti ei gode. Questo materiale storico è quindi costante colla forza della sua impronta ed influenza a formare il carattere dell'individuo; ma lo scopo etico dell'idea individuale, così nel principio delle cose come nel corso della storia, così nei limitati come nei grandi rapporti, rimane sempre lo stesso, quello cioè di ravvivare sulla materia data l'essenza umana nell'idea sempre eguale a se, e d'improntare sulla materia la nobile forma di essa.

Non di rado si oppugna il principio umano, quale principio etico, allegando che, basato sopra se stesso e sopra se stesso aggirandosi, esso escluda gli umani rapporti derivanti da Dio. Ma se l'idea umana viene cercata come impulso alla vita dell'individuo e della storia, la nozione dell'Idea, ossia del pensiero creativo di Dio, respinge una tale obbiezione. Il Principio non ha niente di comune coll'imagine limitata ed oscura dell'uomo, che rappresenta i singoli nella loro individualità; perciocchè il Principio è l'uomo inteso in grande, secondo l'idea divina, la quale traccia il suo cammino nella storia del mondo.

Dal lato filosofico non può darsi altro Principio all'Etica, che l'essenza umana colta nella profondità della sua Idea e nel dominio del suo sviluppo storico. Queste idee sono entrambe connesse; poichè altrimenti l'idea storica da sola sarebbe cieca, e l'idea pura sarebbe vuota. Il progresso sta appunto in ciò, che la storia tende ad aver parte nell'Idea, e l'Idea a connettersi colla storia.

Digitized by Google

Tutti gli altri principi dell'etica, in quanto includono una verità, o racchiudono solo parzialmente il tutto, colgono la morale solo in una cerchia circoscritta; e in quanto sono tratti da un'origine piu alta che non sia l'umana, come ad esempio dalla rivelazione divina, sono costretti a cercare per vie indirette un punto di contatto col principio umano, sebbene non possano giungervi che pel designato punto di vista della essenza umana ideale.

§ 36. L'idea dell'uomo è quindi una idea di comunanza: *unus homo, nullus homo.* Dove il singolo si pensa come membro, ivi c'è il corpo, in cui e per cui il membro ha vita, ivi si trova il *Prius* ideale, che forma il contenuto del pensiero originale (§ 19). L'idea dell'essenza umana accoglie nell'individuo rispetto alla sua disposizione e destinazione quanto in se contiene di simile a ciò che la comunanza realizza nel tutto.

L'idea Una si scinde in molte idee, l'interno scopo Uno in molti scopi, i quali ad esso sono subordinati come mezzi: così nell'idea del conoscere e nell'idea dell'imaginare quella è indirizzata a comprendere e ad esaminare le cose, distinguendosi secondo i suoi vari oggetti, e questa in parte ad ampliare gli organi e lo sviluppo della vita, e in parte a rappresentare i sentimenti umani onde giungere ad una concezione più profonda. Ma poichè il pensiero nella sua reciproca azione colle altre facoltà costituisce l'essenza dell'uomo, e il pensiero in se e nei suoi oggetti è infinito, così ne viene che il compito dell'uomo sorpassa la forza finita ed individuale, e si procaccia i suoi strumenti nei molti individui e nella loro comunanza. In tal modo il singolo addiviene organo dell'Idea e il tutto un organismo etico.

In tale relazione si vede chiaro come la necessità etica, guardata dal lato del singolo, addiviene un *afforzamento*, e, guardata dal lato del tutto, un *organamento* 1). Il concetto dell'af-

1) Le due parole *afforzamento* ed *organamento* non esprimono che assai imperfettamente il concetto delle due tedesche « Verstärkung e Gliederung; ma le abbiamo dovuto preferire, perchè le sole che danno almeno un idea, quantunque vaga, delle due tedesche.

La parola *Verstärkung* (afforzamento) qui dinota l'azione degli indi-

Digitized by Google

forzamento in se racchiude l' idea di un avanzamento individuale mercè l' individuo e per l' individuo; quello dell' organamento lo scopo realizzato dell'universale, del tutto. Lo sviluppo etico si rivela dal lato del singolo come aumento della forza umana, e dal lato del tutto come realizzazione progressiva di un pensiero divino, cioè dell'ideale. Per essere etici il rafforzamento e l' organamento devono andare di concerto. Un afforzamento che contraddica all' organamento non è morale, come non è morale un organamento che esclude l'afforzamento. Dove regna solo l'impulso dell' afforzamento, ivi regnano le cupidigie sotto il nome d'interessi, e si finisce col fare degli altri strumento al proprio utile. La conservazione di se stesso, che trova la sua soddisfazione nello afforzamento, diviene morale, quando si assoggetta al tutto nell' organamento; e l' organamento del tutto è allora veramente organamento, quando accorda allo sviluppo della propria attività e alla conservazione dei singoli un giusto spazio e desiderio.

Che *l'afforzamento degl'individui* debba andare di concerto coll' *organamento del tutto* è una legge che compenetra tutte le comunanze etiche, e vige nella famiglia come nei comuni, nelle associazioni come nello stato. Dove tal legge non è osservata, ivi nascono perniciosi disordini. Per esempio nel giusto ordine della proprietà l' afforzamento dei singoli diviene un vincolo del tutto, mentre il possesso delle cose serve in mille modi all' organamento della famiglia e dello stato. Intanto la

vidui come singoli, che nella loro tendenza al Tutto si vanno man mano collegando, fondendo, astraendo, rafforzando, finchè acquistano la forma universale e si raffermano come Tutto.

La parola *Gliederung* (organamento) all' opposto esprime l' azione del Tutto che si scinde, si smembra organicamente nelle parti, negl' individui, nei singoli, non altrimenti che l' uomo nelle varie funzioni fisiologiche del corpo.

Queste due parole corrispondono in una certa maniera a due parole molto usitate nel linguaggio filosofico giobertiano; ed esprimono, prese generalmente, le due fuzioni dell'Assoluto, di Dio, dell'Idea, cioè la creazione (organamento) e la ricreazione o redenzione (afforzamento); la mimesi e la metessi. NOTA DEL TRADUTTORE.

Digitized by Google

proprietà delle persone, cioè la schiavitù riesce grata all'autocrazia degl'individui, ma contraddice all' organamento del tutto e allo sviluppo generale. Il matrimonio, in cui gli sposi cercano il reciproco afforzamento, addiviene per il tutto la legge fondamentale dell'afforzamento, mentre il concubinato è solamente un afforzamento unilaterale dell'individuo. Una giusta costituzione cerca nella libertà il reciproco afforzamento possibilmente più grande degl'individui, e nel tempo stesso nel potere il rigoroso organamento del tutto, e vuole svilupparli entrambi contemporaneamente: invece il dispotismo di chi governa o l' anarchia dei governati non cerca che il proprio afforzamento e impedisce l' organamento. L' istessa legge si ritrova anche nel dritto internazionale nei trattati di pace, in quelli cioè che effettivamente procacciano la pace, e non racchiudono il germe di una novella lotta. La tendenza dei singoli stati all' organamento si subordina al generale afforzamento; e la parte sottomessa si rifà della perdita, in quanto che guadagna nel giusto organamento dei popoli anche da sua parte.

L' afforzamento è chiaro a ciascuno; poichè in esso agisce l'impulso fondamentale dell'uomo, l'impulso della propria difesa e del proprio ingrandimento, ed è per noi ciò che più c' interessa. L' organamento invece, che noi comprendiamo solamente, se ci trasfondiamo nel tutto, si cela allo sguardo egoistico degl'individui; esso nonpertanto è la meta degl' individui, e come tale il primo nella destinazione della natura. Dappertutto noi vediamo una tendenza dell'individuo, delle classi, del popolo al potere; ma il potere diviene etico soltanto là, dove esso realizza un'idea umana.

Un'osservazione affine può spiegarci l'istessa tendenza etica. L' origine dei beni etici si annoda ai primi bisogni, ed è suo primo impulso la conservazione di se stesso: ma questi beni si compiono solamente, sviluppando in se uno scopo interno, con cui essi servono ad un tutto più alto, dividendosi e divenendo membri di un organamento comprensivo. La conoscenza, per es., dapprima al servizio della conservazione di se stesso, cominciando da un principio, produce a poco a poco una propria vita teoretica nella scienza che si suddivide e che aggruppa le

Digitized by Google

conoscenze ad un centro proprio, e compie in questo senso un lato essenziale della grande idea dell'uomo. L'invenzione di convertire in danaro il metallo prezioso si appoggia sulla vanità e sul lusso; poichè su di ciò si appoggia l'uso generale e su ciò la nobiltà che si attribuisce all'argento e all'oro. Ma l'argento e l'oro contengono sotto questo aspetto un novello e speciale significato. Essi addivengono un mezzo generale di scambio, divengono la merce favoritissima, e quindi come mezzo di congiungere le varie forze degli uomini divengono ancora una leva della cultura. Gli ordinamenti umani derivano dal principio egoistico, ma sussistono realmente, e si sviluppano allora soltanto, quando si lasciano elevare all'universale, e da esso assumono il valore della propria attività. Aristotile dice del matrimonio e dello stato, che essi nascono per dare la vita, ma durano per dar perfezionamento alla vita. Ciò si mostra nella storia temporania di tutti i beni etici. La vita perfetta, che è meta dell'Idea, li rende parti integranti, e li suddivide alla lor volta.

§ 37. Se pertanto si domanda: in qual modo l'uomo addivien l'organo *adequato* della sua idea, a rispondervi fa d'uopo aver riguardo a molti momenti.

L'idea degli uomini individuali non si compie come una legge naturale, quasi come la circolazione del sangue; ma invece in una lotta continua; poichè l'individuo, come tale, segue in contraddizione dell'idea l'impulso del contingente, il quale non cerca che se stesso, e che, attratto soltanto verso il proprio centro, cerca l'universale tutto al più per utile suo. L'appetito, che è l'operosità fondamentale dell'anima, punto dal dispiacere della privazione, cerca la conservazione di se stesso e il proprio ingrandimento; il piacere in questa soddisfazione afferma e rafforza le stesse cupidigie fino alla prepotenza; l'impulso di se produce le percezioni, ovvero determina l'indirizzo delle sensazioni ricevute talmente, che esse le servono come mezzi; e dalle percezioni divenute egoistiche si alimenta ognor crescendo la forza dei desideri. La vita irragionevole, per divenire base della ragionevole, si sviluppa prima di questa; il piacere vitale della vita irrazionale, per es. della vita vegetale, diviene sensazione prima del piacere tranquillo razionale, e dirige e spinge l'ani-

Digitized by Google

ma a perseverare nei bassi piaceri. Da questo dritto naturale derivano come effetto il timore e la speranza, gli affetti e le passioni tutte, le quali non sono che l'inflessibile egoismo dell'uomo *naturale* abbandonato a se stesso, il quale tutto attrae in se solamente per estendersi, e tutto respinge solo per sostenersi. Platone descrive i movimenti delle passioni (Tim. p. 69), che l'uomo naturale racchiude in se: sono, dic'egli, terribili e violenti; viene per primo il piacere, il più grande incentivo al male; poi il dispiacere, l'abbandono del bene; indi l'audacia e la paura, due insensati consiglieri; l'ira, difficile a placarsi e la speranza facilmente allettata dalla cieca sensibilità e dall'amore, che tutto osa.

L'affrancamento dalla violenza egoistica, l'innalzamento dell'uomo naturale allo spirituale, è un prodotto della volontà, la quale si fonda sui rapporti sociali; poichè soltanto nella società la necessità viene riconosciuta e diviene praticamente operosa; soltanto nella società è possibile l'educazione, che i ragionevoli esercitano sugl'irragionevoli; nella società il piacere della vita egoistica viene puntellato sull'altrui piacere e sulla vita razionale, e la simpatia è talmente vivificata, da limitare o vincere il sentimento egoistico; e in generale la disposizione dell'organo per l'organismo etico non è altrimenti possibile che nella società. Le percezioni nell'uomo naturale nascono dapprima dalle cupidigie, e sono poi corrette nell'uomo spirituale dalla volontà. La volontà individuale consolidata e basata sulla volontà ragionevole è la natura e la sostanza della *Volontà*. Essa riceve i suoi impulsi e i suoi oggetti da una sorgente, la quale, determinando la vita egoistica, è posta al di sopra di essa: e in tal guisa il buon volere diviene il *Bene* nel senso più stretto della parola.

In questo sollevamento dell'uomo dall'egoismo al bene opera il principio necessario e universale, il quale presuppone in se la verità. L'individuo in quanto è organo dell'Idea, è inoltre strumento di uno scopo speciale. Se quindi le azioni si accordano col concetto di questo scopo speciale, ciò che è propriamente obbietto della coscienza, esse racchiuderanno in tale corrispondenza il *Vero* nel senso più stretto della parola.

Digitized by Google

Infine l'organo si perfeziona nella sua esecuzione e rappresentazione. Se il bene della volontà e il vero dell'intelletto si realizzano nell' azione dell' organo, in guisa che la relazione corrispondente all' essenza della cosa nell' istesso tempo soddisfa alle leggi dell' intuizione, ed entrambe in tale armonia, che l'essenza indica la rivelazione intuìta, e l' intuizione la sua essenza; l' azione dell' organo sarà *Bella*, e l' organo, a tali azioni ordinato e idoneo, comparirà esso pure come bello.

Il Bene perfetto comprende quindi il bene della volontà, il vero dell' intelletto e il bello della rappresentazione. In questi tre indirizzi, che inseparati formano l' idea Una, si rivela l' organo adequato; e gli elementi, che armonici in se, devono armonicamente accordarsi fra loro in tutta la morale, sono la *Volontà*, l' *Intelletto* e la *Rappresentazione*.

La volontà, che solleva la vita individuale al di sopra di se e l' armonizza coll' universale e quindi col divino, è mediante tale accordo armonica in se stessa. La giusta intelligenza, come ogni verità, è l' armonica risoluzione della contraddizione. Finalmente la rappresentazione, che unifica la sensazione coll' intuizione, non deve accordarsi solamente col fondamento della sensazione, col bene e il vero della volontà e dell'intelletto, ma ancora colle leggi della intuizione, ossia coll'organo della sensazione, e quindi divenire armonica in se stessa. Poichè l' armonia della volontà (il volere buono) e l' armonia dell' intelletto (il vero) e l' armonia della sensazione coll' intuizione (il bello nel vero senso della parola) si compenetrano insieme e si compiono in un' unica rivelazione, in cui l' uomo, armonicamente procedendo, sente e ravvisa tutti i lati della sua natura spirituale, il suo volere, il suo pensare e il suo intuire; così il Bene viene compreso talmente dall' Idea, che sul fondamento del vero diviene bello nel vero e pieno senso della parola. Ciò, che qui comparisce idealmente come connessione ed armonia, è nella realtà afforzamento e avanzamento reciproco. Talchè dove il bene diviene reale, ivi si manifesta la profondità e la forza dell' Idea. Or se le idee del bene, del vero e del bello furono fin da G. E. Jacobi così spesso considerate come l' una distinta dall' altra, ben si vede come ciò sia erroneo e

Digitized by Google

come per lo contrario l' idea del bene, giunta alla perfezione, comprenda in se tutte le altre.

A tutti questi indirizzi, nei quali deve rifulgere l' armonia, si oppongono le passioni: esse impediscono e rompono ogni accordo, che sorpassi l' impulso momentaneo della vita individuale. Esse tengono vincolata la volontà come uno schiavo; convertono ogni conoscenza in fantasmi egoistici; sconvolgono la nobile rivelazione della vita ed espongono a chiara luce il loro brutto interno. In tal modo esse sono i veri despoti e i più astuti sofisti della nostra natura. Quindi la psicologia delle passioni (risc. Spinoza *ethic.* III e IV) è per l' etica la più importante conoscenza; poichè le passioni obbediscono alle loro proprie leggi, e per esse divengono a noi ubbidienti.

Gli affetti, che pongono l' animo fuori d' equilibrio, sono un'energia della vita interiore, che ad onta della loro tensione, che può eziandio rompere in furiosa tempesta, si chiamano nondimeno passioni, stato appassionato. In verità esse non sono una forza, sì bene una debolezza dello spirito (*impotentia*). La passione vince la volontà: eccitata dall' esterno, essa non è determinata dalla volontà, ma invece agisce contro di essa, se ne spoglia, e se ne lo allontana. E ciò non ostante le passioni sono necessarie all'individuo. Senza della personalità individuale il bene sarebbe vuoto e senza significato; poichè il bene non potrebbe esistere senza della personalità sensibile che l'oprasse. Ei si domanda quindi il modo come entrambi divengono uno, la personalità individuale coi suoi affetti e il bene colla sua armonia. Se tutti gli affetti risultano dalla brama della propria conservazione,e quest'impulso ha la sua misura in ciò che l'individuo sente come proprio suo,ossia in ciò che si appropria ove penetra, o brevemente, in ciò che egli sente come cosa sua; così nasce la possibilità di affetti, che abbiano il contenuto del bene nel loro centro.Così l'ira è una reazione dell'offeso sentimento individuale senza misura e ingiusta, poichè il cieco sentimento individuale non riconosce che se stesso e niun altro:ma se l'individuo,spinto dal bene, lo riconosce violentato nel proprio sentimento, l'ira diviene nobile, e l'affetto allora presta forza al bene, e viene da questo temperato. Chi non può adirarsi del male, non sente viva-

Digitized by Google

mente il bene. Così noi vediamo che nei riformatori del mondo non combatte e non vince che una ira morale; e ira e scherno producono nelle mordenti satire un genere speciale di poesia. La gelosia, se si fonda sulla morale, addiviene emulazione; e il timore se ha per obbietto il bene, precauzione. Colui dunque in cui l'individualità è divenuta talmente immedesimata col bene, che teme per esso, ha pure il coraggio del bene, il quale tempera il timore. L'invidia, il dispiacere del proprio sentimento superato da una forza crescente di un altro, è impotenza e rode la propria vita; ma se la giustizia del merito diviene la misura del sentimento di se, e vi si aggiunge l'ira, ne verrà in luogo dell'invidia un onesto sdegno. La compassione, compresa più nobilmente, racchiude il germe della benevolenza. In tal modo un'anima onesta viene inspirata dagli affetti, i quali, anzicchè escludere la volontà, come passioni, sono invece un grande impulso al bene. Questa trasformazione ed elevazione avviene mediante la istessa legge degli affetti, quando essi sono sottoposti ad un principio più nobile ed elevato. Gli affetti derivano tutti da desiderii ardenti, e specialmente dal cieco desiderio della propria conservazione; ma anche dalla volontà; poichè la volontà è il desiderio dell'universale nel particolare, e del particolare nell'universale; essa, elevando l'uomo naturale ad uomo spirituale, accoglie in se come sua forza ciò che negli affetti minacciava l'armonia del bene.

Le stesse idee morali (§ 35, § 37 nel principio) compiono la comunanza morale e l'uomo individuale come un tutto morale in se, cioè l'istesso bene della volontà, l'istesso vero dell'intelletto, l'istesso bello della rappresentazione e l'istessa armonia di queste attività armonicamente concertate. Ma in ogni comunanza morale e in ogni uomo individuale si ritrova un altro e speciale sustrato per realizzarvisi; vi hanno cioè speciali condizioni interne ed esterne, una data misura della potestà spirituale, una data ricongiunzione delle forze divise che producono una dote speciale, date relazioni strette o ampie, un corredo più o men ricco, circostanze che spingono od arrestano. In questo vario materiale il compito rimane sempre l'istesso, cioè di plasmare col dato l'uomo nella forma più completa che è pos-

Digitized by Google

sibile. Onde si fa chiaro come la forza contingente sul fondamento dell'universale sia il compimento dell'uomo; e che l'uomo individuo non sia un esemplare della specie.

Certamente ciò che è individuale, appunto perchè individuale, è difficile a determinarsi nella nozione: onde in primo luogo fa d'uopo di sceverare tutto ciò che è estraneo ad esso. Il fortuito e imperfetto, che si trova nell' individuo o che da lui deriva, passa sovente come individuale, ma ciò non è sempre eticamente giusto. Talvolta il naturale immediato, non ancora umanamente formato, comparisce come individuale; ma un tale lato rozzo dell'uomo naturale non è l'individuale preso nel senso etico. Finalmente si riguarda come individuale l'impronta delle circostanze, delle forze esterne, che sono impresse ad un uomo; ma tutto ciò che è passivo non può costituire l'individualità morale. Se l'uomo all'opposto accoglie il fortuito nel dominio etico; se riconosce un dato difetto in guisa, che egli limitatamente, per quant'è possibile, raggiunge l'umano; se egli, pari ad un artista che dentro ad uno spazio architettonicamente dato e spesso sfavorevolmente composto sa plasmare forme leggiadre, comprende pure nei stretti limiti delle relazioni che gli toccano quella parte d'umano che a lui e a nessun altro appartiene; se egli non è la materia delle circostanze, ma anzi dà forma alle circostanze, e le attira al proprio compito; ne verrà in tal modo chiaro il concetto della individualità, la quale è il libero compimento dell' individuo nella produzione dell' onesto. Ciò è un indirizzo originario della natura formatrice del vario, che dà impronta all'uomo, come individuo. Laonde se la formula matematica di una legge morale e lo schematismo dell' universale minaccia di diventare uniforme, la vita etica all' opposto si concretizza talmente nell'individuo da divenir quasi un giuoco artistico. Se la scienza ha in mira solamente l'universale, assolutamente tralasciando l'individualità, l'arte all'opposto ha sempre in mira il sentimento umano così nell'idillio che nell'epopea, così nel quadro di genere che nel quadro storico. Nell'arte la grazia e la piacevolezza si manifesta nei suoi particolari come il grande ed il sublime; e la vita senza dell' individualità diverrebbe vuota e volgare.

Digitized by Google

La onestà individuale rivela come l'uomo per se sia qual cosa, per se valga e sia libero in se stesso. Il carattere proprio del gran tutto, per es. dello stato, riposa sulla personalità individuale, come membro e parte dell' universale.

Se ciò che è moralmente individuale è difficile a definirsi nella nozione, perchè l' universale nella nozione comprende in se il particolare; esso potrà pure praticamente misurarsi da ciò, che nelle attività e nei beni morali trovati rimane sempre un elemento, il quale non si può rappresentare dal comune valore di scambio, per es. il prezzo dell'amore, in cui vi esiste qualcosa che si avvicina al così detto *pretium affectionis* della proprietà.

§ 38. Poichè il particolare,come ogni tutto etico, diviene organo dell'Idea, così esso è anche strumento del volere divino.Quindi la nozione della volontà, che è l'elevazione del volere egoistico e individuale al divino e nel divino, entra nel campo della *Religione.* Ciascuna religione afferra l' idea divina come positiva nel fatto della storia, e opera sulla volontà etica limitando o vivificando secondo il suo proprio spirito. La filosofia ha un compito più universale che non sia la ricerca delle origini delle religioni e la confermazione e interpetrazione di un fatto storico. Quindi la sua idea etica è l'uomo e non ancora cristiano. Nel Giudaismo vi era un'etica prima del cristianesimo — Mosè, i Profeti e il Libro della Sapienza lo attestano — E prima del Cristianesimo all'epoca pagana vi era un'etica superiore ai suoi tempi, la quale era inspirata ad un bello spirito sereno, come ne fanno fede Sofocle e Pindaro, Socrate e Platone, Aristotile e gli Stoici; onde un vecchio martire della verità cristiana chiama tali filosofi, come Socrate ed Eraclito, cristiani prima di Cristo. Nell'Islam vi può essere un'etica di uno spirito più grande e più puro che non si dimostri a prima vista; poichè il principio umano la compenetra; e se ciò non si rivela nei filosofi arabi, ben si fa chiaro nei poeti dell'Oriente. La filosofia, come filosofia, mancherebbe al suo ufficio universale, se rinunziasse a mantenersi sull'universale, che è l'essenza dell'uomo. Quanto più le verrà fatto, sollevandosi, di far spiccare l'archetipo, che è di origine divina e non umana; tanto più essa, come speculazione propellente (un λόγος προτρεπτικός nel senso dei padri della

Digitized by Google

chiesa), menerà alla perfezione dell'uomo, che il Cristiano cerca nel cristianesimo. Se all' incontro nella filosofia si fonde insieme il principio teologico col filosofico per la ricerca del principio, ne nascerà una discordante miscela.Le esposizioni filosofiche devono cercare un disegno classico, ma non gli abbaglianti colori romantici; poichè la filosofia deve tirare solamente le linee fondamentali. Ma se il principio umano della filosofia si oppone al principio cristiano della teologia, si dimentica che l'antico nome dell'*uomo-cristo* dinota il fondamento e lo sviluppo universale. Secondo le leggi logiche non può stare in opposizione della base universale ciò che su di essa è fondato, siccome la differenza che forma la specie non può contraddire al genere universale; l' edifizio altrimenti minaccerebbe di rovinare. Nel vero Universale sta il germe delle distinzioni speciali, e nell'umano il germe del cristianesimo. Il Cristianesimo è il centro e l' avvenire della storia universale, in quanto che in esso è rivelata e continuamente si riproduce all' umanità l' idea divina incarnata nell'umana.

La seguente osservazione può servire al paralello del pensiero fondamentale esposto col pensiero positivo cristiano. Il pensiero dell'umano che si realizza nel fine etico della storia universale, e che, circoscritto nello stato, fu accennato per la prima volta nella Politica di Platone, ha nel cristianesimo l'espressione concreta mercè il corpo di Cristo e le sue membra che si perpetuano colle generazioni degli uomini. Le membra divengono parte di questo corpo mercè la fede in Cristo e l' amore che l'uomo pone in Lui ; e con ciò l'uomo *rinasce* « spiritualmente » mercè l'elevazione della « carne » nello « spirito » (risc. § 37).

La grande forza della vita pratica scatusisce secondo questa considerazione dall'idea, colta nel sentimento della redenzione storicamente e personalmente riguardata. Però mentre i documenti cristiani fanno tutto consistere in questo rinnovamento del cuore, e specialmente esaltano il bene della volontà, che è l'eterno e non un regno di questo mondo; essi abbandonano per lo più l'effettuazione del contingente alla materia, la idea del mondano (il vero dell'intelletto e il bello della rappresentazione) alla sublime contemplazione dello spirito cristiano. Onde la fi-

Digitized by Google

losofia nel suo indirizzo è ancor più universale, poichè essa entra in tutte quelle parti che dal Cristianesimo sono trasandate.

§ 39. Il concetto della *Coscienza* si è formato mercè l'armonia dell'elemento religioso coll'etica, colla responsabilità cioè innanzi a Dio. Le testimonianze della coscienza si sono manifestate negl'interni movimenti dell'uomo da un'epoca remota quanto la storia umana istessa, come in Caino ed Oreste. Ma la nozione della coscienza, come tale, nella sua unità e designata col proprio nome di una facoltà, non si trova che tardi, nè presso Platone e Aristotile, nè nella Bibbia *prima* del Libro della sapienza. La coscienza comparisce la prima volta cogli Stoici e cogli Apostoli connessa col concetto di Dio. Parallelo colla libertà cristiana questo concetto la vince in forza e dignità. Or siccome essa è nata dal fondo umano universale, così è necessario di determinare sinteticamente nello sviluppo psicologico il valore che la può avere come principio etico.

Se si cerca una cognizione dell'origine della coscienza, conviene apprezzare la sua apparizione come una forza accusatrice e punitrice. Le nostre rappresentazioni tutte insieme e ciascuna singolarmente coll' indirizzo che esse prendono derivano particolarmente nel campo pratico dalla brama, che le spinge, le muove e le indirizza colla forza desta e durevole del bisogno, come armi e strumenti del suo volere. La cattiva volontà, si pensi a mo' d' esempio ai vendicativi ed agli ambiziosi, rende unilaterali le rappresentazioni di cotesti individui, e li tiene a se avvinti. La loro energia è circoscritta a non vedere nè a voler vedere altro che il loro scopo egoistico, e a trovare il mezzo e la via onde raggiungerlo: in mezzo alle rappresentazioni più vive e agl' ingegnosi ritrovati essa è cieca e furente, finchè non abbia raggiunto il suo intento e non si sia satollata. Il fatto compiuto è infallibilmente un punto verticale delle associazioni delle idee; poichè ora ha luogo un altro processo del pensiero, che prima non poteva farsi innanzi per le cupidigie che tutto assorbivano e tutto eccitavano. Le rappresentazioni, sospinte oltre misura, ora vengono meno, e i vivaci quadri impallidiscono innanzi alla nuda realtà. Il fallace appagamento non è raggiunto. E se la passione ebbe una vittima, la sorte

Digitized by Google

di questa eccita nell' istesso autore un senso di umana pietà. Questi eccitamenti a pensieri, che profondamente contraddicono ai precedenti, derivano dal fatto istesso, che, se pur giace muto nel passato, ora grida contro il suo autore dal più intimo dell'animo; a cui si aggiungono molte altre circostanze esterne,che sovente vi danno il primo impulso. L' uomo, che ora finalmente vuole che gli altri lo guardino con piacere, domanda a se stesso quale apparisca agli altri il suo fatto ed egli in esso,ed arrossisce specchiandosi in quello.Pensieri opposti, che agiscono come una forza contro la presenza del male compiuto, e che, se lo potessero, lo farebbero tornare indietro, si risvegliano da questo lato secondo la legge dei nostri affetti e dell' associazione delle nostre idee. Dall'altro lato la necessità della vita individuale, che si vuole mantenere nel suo passato , fa nascere dei pensieri , che si sostituiscono al fatto. E in tal modo l'inquietezza dei pensieri, che a vicenda si accusano e si discolpano, mostra la contraddizione del medesimo animo con se stesso, la quale pone in discordia il piacere del presente col piacere del passato, e può spingersi sino al disprezzo di se stesso , che è un tratto della cattiva coscienza.L'anima prova la colpa come un peso, e le sembra di non potersi mai più liberare di tal fardello per tutta l'eternità. Macbeth dice: « Può l'oceano del gran Nettuno lavare il sangue delle mie mani? No, prima che queste mie mani non coloriscano di porpora le immense acque, e non cangino il verde in rosso. » Se tutto questo processo del male può facilmente osservarsi negli esempi più rimarchevoli, come nella vendetta, nell'ira e nell' assassinio, pur tuttavia le sue conseguenze non sfuggono mai ovunque il male si presenta allo sguardo che sa penetrare nei profondi misteri; e negli animi più gentili anche l'offesa di rapporti più riposti è vendicata dalla coscienza mercè simili e più frequenti rimorsi. Le buone azioni all'opposto, armoniche in se, se sono riguardate come compiute, non ponno destare alcuna segreta contraddizione. L'immanente consenso delle proprie rappresentazioni può elevare ad un piacere tutto speciale la serenità dell' anima , e preservarla e sostenerla ancorchè in contraddizione del mondo.

In questo processo è pur designata l' influenza della opinio-

Digitized by Google

ne altrui, per la quale l'uomo naturale sente in se riflesso il piacere che egli produce negli altri. Ci sono stati dei psicologi che hanno voluto ricavare la coscienza dal piacere e dispiacere nell'eco dell'opinione altrui ». I nostri sentimenti morali in relazione di noi medesimi », dice Adamo Smith, « derivano da quelli che gli altri sentono in rapporto a noi. Noi dobbiamo guardare la nostra propria condotta, prima che potessimo giudicarla con occhio estraneo. Nella perfetta solitudine non vi sarebbe alcuna propria approvazione » (risc. § 30). Se la coscienza non fosse altro che piacere o dispiacere, che dall'altrui giudizio di approvazione o disapprovazione si riflette in noi, essa non avrebbe così che una natura molto elastica. Questo riflesso dell'opinione altrui può cooperarvi, può eccitare, ma ne ritrae sì poco la sua vera natura, che egli è anzi dovere della coscienza di giudicarlo da sè, e secondo un tale giudizio di respingerlo o di accettarlo; e anzi può essere persino dovere della coscienza di devenire a diretta opposizione col giudizio altrui. Ed è in questa sua propria consapevolezza che la coscienza fonda la sua grandezza.

Se ora si respinge quest'impulso esterno dell' opinione altrui, come qual cosa che può valere solo in seconda linea; vi rimane nel descritto processo un impulso interno, che forma la vera natura della coscienza. Gli appetiti, limitati e circoscritti, sono lati speciali e propri della natura umana; e la cattiva coscienza è nelle rappresentazioni e nei sentimenti del dispiacere che ne derivano la reazione dell' uomo come *tutto* verso la sua parte egoistica.

Le rappresentazioni, che derivano dall' uomo come tutto, si oppongono alle rappresentazioni della parte egoistica, prima che queste sieno soddisfatte. Quindi la coscienza nelle rappresentazioni e nei sentimenti è reazione anticipata dell'uomo come tutto contro l'azione dell'individuo, e come tale la coscienza è la forza protettrice della volontà. Ma siccome l' uomo come *tutto* è fondato nell' Idea, e la sua idea ha origine in Dio, così il sentimento della coscienza mercè l' indirizzo della sua natura speciale torna nella relazione delle cose divine. In questo senso la coscienza è la voce divina che si riflette in noi, e incorrotta

Digitized by Google

cerca l' onore dal fondo dell' animo in Dio e non negli uomini. L' uomo nella coscienza è posto in se stesso e nel suo Dio; egli pensa egualmente e sente; ma ciò che egli pensa e sente, non pensa come suo libero arbitrio, e non sente come suo piacere, ma come necessità della volontà. Ond' è che l'uomo nella sua coscienza si rivela nella sua più profonda unità, come all'opposto diviene una macchina senza di essa.

La lingua ha imagini eccellenti, con cui rivela i varî stati dei nostri sentimenti: essa parla di coscienza assopita, quando i vecchi e i nuovi affetti, le vecchie e le nuove passioni hanno in siffatto modo invaso l' intimo di un uomo, che per lui è impossibile un' associazione d' idee di un ordine opposto, un pensiero veramente umano, e che quand' anche un tal pensiero gli venisse, impotente gli sfuggirebbe. Ad una tale coscienza la lingua contrappone la coscienza svegliata, che è lo stato in cui l' uomo intero o un lato dell' uomo, diverso da quello che finora dominava, riacquistata la tranquillità e la serenità perduta, apre la mente a più pure idee, e baldanzoso di forza si risolleva dal basso luogo ov'era caduto.

Se l'origine della coscienza è rettamente descritta nei rapporti naturali e nell' origine spirituale, si mostra chiaro come la coscienza nell' uomo non è un organo, compiuto con un dato contenuto determinato, ma sibbene si sviluppa nel mezzo delle relazioni della vita e degli avvenimenti individuali. Sebbene l'idea dell' uomo come tutto, la quale forma l' ultima base della coscienza, è eterna e sempre l' istessa in tutti; essa dipende da molte circostanze contingenti e variabili, ed è esposta continuamente all' abbaglio ed alla illusione individuale. Nella così detta buona coscienza penetrano in mille guise la superbia e la presunzione, proprie dell' uomo naturale; e il timore degli uomini presentasi talvolta come cattiva coscienza; come all'opposto la violenza e lo stimolo degli affetti come necessità e libertà etica. Adunque il giudizio sulla propria azione ha un dritto sul nome della coscienza solamente, in quanto è determinato dal sentimento che dalla sfera dell' individualismo si innalza al bene.

Dopo questi schiarimenti ben si vede come la coscienza compie i lati subbiettivi del principio morale, ma non è adatta da sola

Digitized by Google

a porsi come principio di un sistema etico. Nel sentimento del piacere e del dispiacere, in cui si fa sentire, e nei suoi movimenti, in cui sempre si mischia col piacere e col dispiacere, la coscienza ha bisogna di una garenzia nella coscienza obbiettiva; altrimenti ne vien subito l' illusione, la quale scambia il principio individuale coll' universale, e l' universale coll' individuale. La coscienza senza la ragione sarebbe cieca ed oscura; e la ragione senza la coscienza fredda e languida. Entrambe si chieggono a vicenda per rimuovere gli ostacoli che fanno regredire la loro operosità. E ciò fu l' intento di questo abbozzo psicologico.

Ann. La Coscienza secondo Kant, fuori il precetto del dovere e della dialettica, la quale mostra l'azione su date regole, non dà alcuna idea del processo psicologico, in cui la coscienza nasce e prende forza. Essa in particolar modo non rende noto perchè noi, sebbene accusatori e giudici, non evitiamo l'accusa e ad ogni modo non possiamo fare a meno di anteporci ad essa. Kant adduce una metafora, già adoperata nel medio evo, il *forum conscientiae*, quando (*metaphysiche Anfangsründe der Tugendlehre* § 13) definisce la coscienza quale un tribunale interno. Soltanto la conoscenza del vero processo e l' idea della Coscienza, che diviene e si sviluppa, ci può mostrare, come noi abbiamo a guardare e a correggere le nostre coscienze, acciocchè esse siano una chiara e pura voce di Dio. Chi ha, come il giudice in certi casi speciali, il grave compito di svegliare o di ravvivare la coscienza altrui, potrà farlo, sol quando ne conosce le condizioni, e sa da qual parte ha da eccitare il sentimento per tirar fuori dalla posizione individuale delle circostanze e render libera la coscienza, secondo l'opinione individuale degli uomini, dai propri impacci, che fanno regredire la sua operosità.

§ 40. Poichè si è già dimostrato come l'idea dell' uomo, diramantesi nell'individuo, si effettua solamente nella società, così conviene ora dimostrare la *società etica come organismo*, e quindi distinguere l'organismo etico dall'organismo naturale. Nel tutto etico, i cui organi per i determinati scopi sono gli uomini, l'ultimo organo racchiude in se, in mezzo alle distinzioni delle operosità, la stessa destinazione universale, per cui il tutto sussiste.

Digitized by Google

Il tutto non ha valore che improntando in se l' istessa natura che forma dell' individuo l' uomo, e viceversa. Il gran tutto della società etica forma per le sue molteplici funzioni dei tutti minori, che si formano organicamente per gli scopi subordinati: ma gli organi, in questi organi non sono che uomini, la cui essenza non è cieco sentire e cieco desiderare, ma autocoscienza e volontà.

È carattere del tutto organico che la sua idea sia presente alle parti, e che esso formi le parti per lo scopo di lui, e non all' opposto che le parti sieno automaticamente presenti al tutto, della propria forza componendolo. La società etica ha tale un carattere dominante sulle parti, quando, a mò d'esempio, vuole organizzare il governo, l' amministrazione della giustizia e la difesa, che queste non hanno senza di essa alcuna solidità, nell' istesso modo che la mano, il piede, l' occhio e l'orecchio, i quali adempiono a particolari scopi della vita come parti, divengono nulli, se staccati dal corpo. Ma la distinzione di queste due specie di organismi riposa negli ultimi elementi. Negli organismi della natura essi passano dall' organico nel chimico, e ritornano nella natura informe e nella massa. Ma gli ultimi elementi del tutto etico sono individui, non privi di entità propria, come le parti di un ente naturale, ma basati in un proprio centro ed idealmente simili al tutto in modo, che riman dubbio, se è l' individuo che ha il suo tipo nel tutto o il tutto nell' individuo. Il tutto è società, ed è la forma unificatrice di un ordine superiore a quello che ammette la scienza naturale nel complesso di gemme o cellule che costituiscono le piante e gli animali. Gl' individui, gli ultimi elementi dell' organismo morale, i quali richiedono, a somiglianza del tutto, uno sviluppo morale, sono in questo scopo individuale dell' essenza umana di un' assoluta importanza, ed esigono appunto per ciò dagl'individui, loro pari, e dal tutto che sta al di sopra di loro, un riguardo, la cui essenza è di non essere nè timore, nè inclinazione; ma che nasce nell' uomo pensante là, dove si riconosce la necessità nel campo della libertà.

Ma da un tale ravvicinamento del tutto cogl' individui nella loro destinazione ideale divien malagevole la loro *vera* e reci-

Digitized by Google

proca relazione. Infatti gl' individui, i quali sono dei tutti per se stessi e cercano quindi ciò che loro è proprio, sono di natura esclusiva, restii al tutto ed inflessibili nella propria volontà. Per ciò ei fa mestieri di un legame speciale, che li avvinca al tutto in modo che essi non abbiano, parimenti agli organi del corpo, una volontà che resista alla volontà del tutto. La forza del tutto è il vincolo più esterno che, convertendo la coazione in un senso etico, rende utile per lo scopo del tutto persino il sentimento del timore, che esso eccita come un forte contrappeso alla concupiscenza della volontà individuale. La volontà comune del tutto e degli individui deriva dal comune pensiero e dal reciproco avanzamento dell' uomo per l' uomo, avendo per ultima sorgente la comunanza di linguaggio, per cui diviene possibile l' intelligenza dei più delicati sentimenti. Dove le idee morali divengono l' ultimo e supremo vincolo, ivi soltanto le parti divengono durevolmente un *solo* corpo con un *solo* spirito.

Ciò che viene disciplinato da questo vincolo etico ha sempre un grande valore nello sviluppo generale ed è indispensabile in ogni costituzione di dritto. Mercè qnesto vincolo soltanto è possibile l' unità naturale ed etica della famiglia, in cui l' individuo si sviluppa, riconoscendo la propria dipendenza; e per esso si rende necessaria la guerra, in cui il tutto, messo in pericolo, si afferma mercè la sottomissione e l' ubbidienza dei cittadini.

Essendo gli elementi dell'organismo etico degli individui relativamente indipendenti, ne seguita che la natura di quest'organismo è in un senso più alto un *organamento*. Nella società etica non v' è nulla, che non possa e debba essere nel tempo stesso parte e tutto, poichè ogni cosa è parte per lo scopo di un tutto più elevato, ed è tutto per se stessa. Per tal motivo la società etica tende continuamente nel suo sviluppo ad agevolare ed elevare, tanto nell' unificazione che nella divisione, lo scambio e l'armonia delle due funzioni.

In tal modo tutta l'etica, che organicamente si forma in piccole e grandi cerchie, accoglie in se un doppio indirizzo; l'uno all'universale, come tutto, e l'altro all'individuo, come un altro

Digitized by Google

piccolo tutto. Dove questi due principî si urtano, ivi nasce una lotta etica; e dove questa lotta viene ragionevolmente composta, cioè a dire che l'uomo divenga o rimanga uomo tanto nel tutto che nell'individuo, ivi nasce una vittoria etica ed una pace duratura. Ogni progresso ha la sua misura nel principio umano che si sviluppa, sia espandendosi sulle masse, che aumentando di forza. Ma il principio così considerato non è un meccanico congegno del tutto e dell'individuo; all'opposto esso poggia sopra di un solido sentimento, sulla conoscenza progressiva cioè e su di una forma speciale (§ 37).

In tale armonia si formano nell'attività etica dell'uomo due lati opposti, il primo rivolto sulla società etica e diretto all'universale, il secondo sulla moralità individuale, in quanto l'uomo è in se un tutto etico, e sul perfezionamento della vita individuale secondo la propria misura.

Noi chiamiamo l'uomo una *persona* in quanto esso racchiude in se la determinazione della moralità individuale, e pone in questa il suo fine.

§ 41. Poichè la realizzazione dell'uomo ideale è stata determinata come principio etico nell'uomo sociale e nell'individuale, così egli è utile per comparare e circoscrivere di volgere ancora uno sguardo indietro sui Principii già esaminati e riconosciuti come unilaterali (§ 22-33). Essi, come unilaterali, racchiudono un *solo* lato del vero, e sono coordinati al principio comprensivo mediante questa parte di vero che loro è propria. A tal fine ei bisogna partire dai principî più alti ai più bassi, perchè la ricerca riuscisse più agevole. Lo scopo delle cose (Clarke), secondo la concezione organica del mondo, non deve contraddire allo scopo interno dell'uomo, ma dovrà servirlo, se questo è più alto. Il principio morale, compreso solamente nelle relazioni di armonia (Herbart), si offre come conseguenza di uno scopo interno; poichè l'idea che ne deriva è il Bello (§ 37). L'universale formale, il quale è col particolare solamente in una relazione esterna (Kant), si compie nell'universalità dell'uomo propriamente tale. La simpatia (Adamo Smith), per cui l'uomo fa suo l'altrui, e desidera per se l'altrui consentimento, appartiene, come possente impulso della realizzazione dell'uomo, al

Digitized by Google

lato subbiettivo del Principio. Il tutto, tirannicamente espresso nella *salut public*, si mantiene nel più alto senso della sua natura, riconoscendo in se e per se le parti come un tutto morale. Il perfezionamento di se medesimo (Cris. Wolf), e la conservazione di sè stesso (Spinoza), eticamente considerati, sono la conservazione e il perfezionamento della parte che vive nel tutto etico, che vengono da questo lato circoscritti e compresi in un contenuto più vasto. L' interesse dell'amor di se e del bene compreso utile proprio (Elvezio), indeterminato in se e tendente al volgare, racchiude la più sicura ed elevata misura etica. L'istesso piacere (Edonismo), che non può giammai essere un principio etico, poichè cade solamente in un solo indirizzo morale, nell'individuale cioè, ha certamente il suo posto subordinato, ma legittimo, nell' egemonia morale (Aristotile).

A stabilire quanto si è detto serviranno due osservazioni.

Kant non vuole sostituire all'universale formale l'universale proprio dell' uomo; perchè vuole espressamente 1) che non si creda di voler derivare la realtà del principio etico dai caratteri particolari della natura umana. Il dovere dev'essere praticamente l'assoluta necessità dell' azione; esso quindi deve derivare *a priori;* poichè tutto ciò che è empirico, è svantaggioso alla purezza della morale, quando lo si voglia fare un supplemento al Principio della moralità, nella quale il maggior pregio della volontà assolutamente buona, consiste in ciò appunto, che il principio dell'azione sia libero da tutte le influenze dei motivi eventuali, che l' esperienza potrebbe offrire. L' empirismo della natura umana, come individuale, pone in pericolo l' elevatezza del comando, per cui esso vale, quand' anche ogni nostra tendenza, inclinazione e organizzazione naturale gli fosse contrario. Kant, che cerca le forme di una legge assoluta, sdegna appunto per ciò l'esuberanza della natura umana riconosciuta solamente mercè l'esperienza. Ond'egli si sollevò al di sopra degli uomini, e col suo Imperativo non solo volle cogliere l'uomo, ma la natura della ragione principalmente; ond' ei, proponendosi un compito che superava l'intento, perdè di vista la vera natura dell' uomo. Il

1) Metaphysik der Sitten in der Ausg. von Rosenkranz. VIII. pag. 52.

Digitized by Google

suo universale però è un momento essenziale e necessario, quando lo si ponga in un principio, alla cui testa non v'è la natura empirica e contingente di questo o di quell'uomo, ma l'idea della natura umana, e in cui l'universale perviene a signoria mercè il pensiero, che deve compenetrare il sentire e il desiderare. La volontà pura, splendida stella che guida il Kant nelle sue ricerche, non è offuscata là, dove il motivo del desiderio dall'Io è trasportata nell'Idea, che è l'assoluto nello sviluppo.

La seconda osservazione riguarda il piacere, il quale non può essere accolto nel Principio senza turbare la purezza della volontà, nè può essere escluso, poichè ciò contraddirebbe alla natura umana. La giusta conoscenza psicologica scioglie questa difficoltà. Gli scopi interni determinano in se e per se le attività umane; e raggiunti, producono il piacere. Gli scopi interni, sono il Prima, e il piacere solamente il Dopo. Solamente gli scopi interni, in cui l'idea dell'uomo, base della nostra esistenza, ci parla, devono formare il fondamento e il contenuto della volontà pura. Or nasce il piacere quando l'attività che li compie, raggiunge il suo intento, e soltanto allora nella sua piena purità, quando ciò che si cercava non era il piacere, ma la cosa in se. Esso non è lo scopo, ma comparisce necessariamente, quando la persona si è identificata coll'idea come simbolo della vita individuale, che si sente aumentata nel bene. La subordinazione delle forze allo scopo ultimo della nostra natura cessa con ciò di essere una violenza interna, e diviene gioconda libertà. Finchè il dovere assoluto è riconosciuto, ma adempiuto di mala voglia, rimane sempre nel nostro cuore qual cosa che non è il bene. Al sistema degli scopi umani corrisponde un'armonica gradazione del piacere, quando ciascuno scopo è conseguito per se stesso nella sua purezza etica. Aristotile 1) rivolse giustamente il suo sguardo a cotesta connessione: L'uomo, qual dev'essere, guarda per guardare, pensa per pensare, opera da prode e da giusto per operare prodamente e giustamente: il fondamento del suo impulso è la conoscenza dello scopo interno delle cose, e nient'altro. Ma mentre gli riesce di guardare, di pensare e di operare giusta-

1) Aristotile, ethic. Nicomach. X, 1-5.

Digitized by Google

mente e da bravo; risulta dal raggiungimento delle cose il piacere, come un compimento raggiunto; e questo piacere puro rivela come nel compimento dell'attività la vita individuale si sente più compiuta nella sua determinazione. Senza un'attività non v'è piacere, e il piacere compie l'attività, non come principio immanente, ma come un punto elevato che vi accede. L'opposto del piacere, il dispiacere nell'attività, corrompe la sua natura, laddove il vero piacere la facilita e l'affina. Quindi il sentimento esclude sì poco il piacere, che diviene un contrassegno del sentimento, un contrassegno dell'anima tutta assorta nel bene, di sentire piacere pel bene. In questa economia della natura il piacere non contraddice alla volontà pura, ma l'afferma e l'appalesa.

Ann. Questi due ultimi punti importanti per la ricerca del Principio dell'Etica sono esposti criticamente dall'autore in un trattato, *Der Widerstreit zwischen Kant und Aristoteles in der Ethik. Historische Beiträge zur Philosophie* III. 1867. pag. 171.

§ 42. Il male è l'egoismo che l'individuo persiste a far valere in contraddizione dell'idea fondamentale della natura (§ 37). Il suo movente è il piacere individuale, che si vuole estendere, come se fosse il Tutto, in se assorbendolo ed a se tirandolo. In tal modo nell'individuo, come nella vita di ciascun tutto, il male si presenta come egoismo distruttore della parte, se in quello i ciechi affetti e le viete passioni, in questo il dispotismo della propria forza prendono impero, e sacrificano ai loro idoli tutto il resto. Il male è l'antagonista del bene; ma in esso il bene trova se stesso e il proprio eccitamento.

Siccome ciò che è propriamente umano, ciò che l'uomo come tale dev'essere, determina il concetto del bene; così pure il male, che è opposto all'idea, è un lato speciale dell'uomo, ma come quello che non deve essere. Per esempio la passione, l'egoismo della parte eccitata, è propria dell'uomo, in quanto essa nasce per cooperazione del pensiero, e conformemente alla sua destinazione interna: ma è falsa, se perdendo la giusta misura dell'idea, e pascendosi di false rappresentazioni, essa, per cavarsi

Digitized by Google

la voglia, pone l'uomo al di fuori di se stesso, e diviene la sua debolezza (*impotentia*). Ostinata nel sentimento, falsa nella rappresentazione, la passione è ributtante all'aspetto, ed è il vero opposto dell'elevazione dell'Io al bene (§ 37).

Ann. Ciò che nel senso del male appartiene propriamente all'uomo e a lui solamente, dinota Plinio (VII, 5) colle parole: *Uni animantium luctus est datus, uni luxuria et quidem innumerabilibus modis ac per singula membra, uni ambitio, uni avaritia, uni immensa vivendi cupido, uni superstitio* ecc.

§ 43. Nella volontà che si abbandona o si oppone al bene è presupposta la Libertà della Volontà. La nozione formale della libertà, di poter cioè agire anche diversamente da quel che si dovrebbe, è reclamata e fatta valere in ciascun momento della volontà nella dottrina degli *Indeterminatisti* (Indifferentisti). La libertà è da essi calcolata nella stessa guisa che l'accidente e il caso, come qual cosa che potrebb'essere anche diversamente. Ma la libertà per l'istessa natura dell' uomo dev'essere determinata sulla base del pensiero, in cui essa svolge la propria attività. Laonde non è difetto di libertà, ma compimento della natura umana, quando l'uomo pensante è determinato dall' idea, ossia dal pensiero divino che tutto determina sul fondamento delle cose. Quel determinatismo all'incontro, che presenta la causalità mercè gli atti della natura umana in modo, che trasforma la propria azione nell' effetto delle cause estranee, e quindi anche il male in necessità naturale, contraddice all'idea dell'etica, che, per essere possibile, presuppone la frase: « Tu *puoi* essere uomo, poichè *devi* essere uomo ». Finchè un tale determinatismo si presenta come un meccanismo vuoto di pensiero, non potrà avere alcun posto nella concezione organica del mondo. Mercè l'universale, accessibile al pensiero, si dà alla volontà un proprio campo opposto al particolare, il quale di fronte all'universale assume sempre aspetti molteplici, per cui si rende possibile la libertà dell'elezione. La vittoria contro la violenza dell'individualismo e le sue voglie è la garenzia della libertà etica, che si consolida talmente nel Bene, che—contro il concetto

Digitized by Google

della libertà formale—essa non può operare altrimenti da quel che opera 1).

Congiunta colla necessità, e conseguendo il suo fine interno, essa è la vera libertà etica; e il suo opposto è il capriccio, la falsa libertà, la quale sembra sciolta da ogni legame, perchè ha avanti a se e reclama la infinita possibilità di poter fare altrimenti da quel che deve, mentre in verità a ciò è spinta dalla violenza dell'egoismo. Quindi ogni male è di sua natura altero e codardo a un tempo, dispotico e schiavo, da una parte per la trionfante tirannia dell'individuo sul tutto, e dall'altra perchè la parte più nobile dell'uomo, il pensiero ed il sentimento, vien sottomessa alla parte ignobile ma vittoriosa. Questa signoria e schiavitù comparisce in un intreccio particolare in ogni vizio. L'etica ha il compito di porre in luce tutto ciò, acciocchè sia ben messa in chiaro l'interna perversità del male.

Ann. La dottrina della libertà intelligibile (Platone, Kant, Schelling) non risolve il conflitto della libertà colla necessità, poichè l'eterno fatto (intelligibile), che deve presentarsi come determinante nei vari momenti della vita, è senza base in se, e poichè la libertà della vita temporanea, su cui si rivolge l'etica, in esso scomparisce. Risc. « Necessità e libertà nella filosofia greca » nelle *historiscen Beiträgen zur Philosophie* dell'Autore II. 1855. pag. 112.

In Schopenhaner la libertà intelligibile di Kant si presenta nel suo opposto; poichè la sua volontà alla vita, cieca e sconosciuta volontà, la quale ha voluto questa natura ed ha anticipatamente risoluta ogni espressione, addiviene quindi il fato della nostra natura, poichè essa è prima dell'intelletto e fuori dell'intelletto. In opposizione ad una tale rappresentazione (per cui la coscienza non è che una conoscenza più esatta, che noi facciamo coll'immutabile nucleo della nostra essenza, e per cui ogni responsabilità è sottratta da questa vita fuori dello spazio e del tempo) è già stato premesso come la conoscenza non solo presenti le circostanze esterne quali motivi determinanti di una volontà, che costantemente adopera la sua natura al motivo che le si offre, ma ancora che ha la potenza

1) Agostino, *enchir. ad Laurent.* c. 105. ***Multo quippe liberius erit arbitrium, quod omnino non poterit servire.***

Digitized by Google

di determinare l'istessa cupidigia, e quindi ridurla ad una volontà ragionevole. Noi quindi cerchiamo la capacità della volontà umana a lasciarsi determinare da un motivo razionale. Così solo è possibile che la volontà ritrovi la sua libertà nell'unità coll'origine ragionevole della sua destinazione 1). Spetta alla Psicologia di esporre lo sviluppo della volontà in un tale senso.

§ 44. La scienza dell' Etica usualmente compendia le sue *forme ideali* sotto *tre* aspetti, che si lasciano comprendere nei modi seguenti. Se la morale si propone di realizzare l'idea etica — l' idea dell' essenza umana — nella sua totalità e nelle sue parti e di rendere durevole tale realizzazione; se essa rende l' uomo ideale così universalmente obbiettivo, che ogni singolo consegua individualmente la sua idea, noi comprendiamo questo pensiero dell' idea realizzata come organismo etico sotto il nome di *Bene supremo*, e le norme, che le sono subordinate, quali organi, col nome di beni etici. Una comunanza etica così concepita, com'è lo stato, compie approssimativamente il concetto di un tal bene supremo. Questa realizzazione può solamente avvenire mercè le attività, che gl' individui adoperano nel senso dell'idea etica; le quali, universalmente determinate, si chiamano *Virtù*. In quanto l' idea etica è stata di già realizzata e man mano viene realizzandosi, e l' organismo coi suoi fini universali e le parti coi loro fini particolari, per conservarsi, determinano e vincolano le attività dei particolari, le date relazioni etiche producono in tale rapporto i *Doveri* individuali. Accanto e nella cerchia dell'imperioso dovere per le virtù della moralità individuale rimane il campo proprio del *Lecito*. Nel *Bene supremo*, il tutto diramantesi nell'organismo morale, nelle *Virtù*, le attività nel senso dell' idea etica, e nei *Doveri*, esigenza del contenuto della morale che si è digià realizzata o che si realizza, è sempre la stessa e medesima idea che si presenta nei vari e differenti lati.

Le virtù si presentano in parte come libere attività produt-

1) Schopenhaner, *die beiden Grundprobleme der Ethik*. Seconda Ediz. 1860. pag. 20 e 97 e specialmente pag. 255 Riscon: *Logische Untersuchungen*. Seconda Ediz. 1862. II. pag. 101.

Digitized by Google

tive, se realizzano originariamente l'idea etica (prima dei doveri); e in parte come legate dai rapporti dati (nei doveri). Le loro forme fondamentali si manifestano talmente nell'universale, che le categorie organiche sono elevate per propria natura della morale (la differenza specifica) nell'etica 1), ma geneticamente solo nelle condizioni psicologiche della loro origine.

Secondo i vari modi di considerare l'Etica che pongono a fondamento un principio formale, sia, come in Kant, la forma dell'universale, sia, come in Herbart, la forma dell'armonia nelle relazioni colla volontà, la dottrina del Bene è opposta alla dottrina delle virtù e dei doveri, in cui solamente si appalesa la volontà pura determinata dal Principio. Si teme che la volontà pura scapiti nei beni, come oggetti empiricamente dati, e turbi così la purezza dei suoi impulsi. Ma questo timore è vano, se questi beni sono veramente beni etici determinati dallo scopo interno dell'Idea, ossia non da ciò che è caduco, ma da ciò che dev'essere prodotto dalla volontà etica e da questa sostenuto. Senza la considerazione dei beni etici, come la famiglia, la chiesa e lo stato, l'Etica divien vuota: essa, a misura che intende i beni reali, deve comprendere i beni etici, cioè le forme obbiettive per cui la volontà divien matura e dall'Io si rialza e si solleva nel grande e nel tutto.

Se nel dovere si concepisce sol ciò che lega la volontà, sia l'origine di tale legame nella legge o nella coscienza, ogni virtù potrà in questo senso più lato presentarsi come dovere; e si potranno quindi annoverare fra i doveri il valore e la giustizia, riguardandoli come cosa voluta e pretesa. In tal modo Kant pose a capo dell'Etica il dovere, il quale è imposto alla volontà pura della legge; laddove Platone ed Aristotile vi posero la virtù. Se Kant in mezzo alla sua fredda critica così apostrafa il dovere: « Dovere! nome grande e nobile, che in te nulla comprendi di piacevole e di lusinghiero »; Aristotile invece in una delle sue odi invoca la virtù: « O virtù, penosa all'uman genere, eppure il più nobile oggetto della vita ». In fondo essi dicono la stessa cosa, ma riguardata da lati opposti. In questo

1) *Logische Untersuchungen*. Seconda Edizione 1862. II. pag. 140.

Digitized by Google

senso generale virtù e dovere hanno quasi l'istesso valore, quantunque ne sia differente il punto di vista. I doveri d'amore non hanno altro contenuto che l'amore; se non che nei doveri d'amore si riguarda come imposto ciò che nell' amore si concede liberamente. Nel dovere domina l'assoluto impero del bene, nella virtù la forza liberamente inspirata dal bene.

I doveri in un significato più ristretto coesistono colla varietà dei beni etici. Date relazioni etiche, che sono beni etici o lati di beni etici, esigono colla loro necessità immanente determinate azioni per conservarsi e svilupparsi. In questo senso noi parliamo di doveri verso i genitori e verso la patria. L'obbietto di tutti i doveri è la conservazione e lo sviluppo di dati rapporti morali, di dati beni etici: e quando l'Etica parla di doveri verso noi medesimi, ciò vuol dire che il suo intero contenuto come nel dovere del proprio perfezionamento, non è altro che la concreta conservazione di noi medesimi, sottratta al cieco istinto e resa etica. Or quando noi per questa tendenza adoperiamo l'espressione dovere verso di noi medesimi, egli è che ci riguardiamo obbiettivamente; e in quanto apponiamo alla nostra persona una propria volontà, noi la riguardiamo come un bene etico. I doveri sono quindi condizionati dagli scopi interni di dati rapporti etici; e l'attività richiesta per la conservazione e l' avanzamento di un bene etico, si manifesta come dovere nel senso più stretto della parola. L'uso del linguaggio annette all'idea del dovere un indirizzo verso l'oggetto particolare cui noi dobbiamo servire. Dove la necessità etica diviene libertà, dove il rispetto del dovere diviene amore, ivi il dovere diviene virtù, i doveri di famiglia divengono virtù famigliari e il dovere dei sudditi virtù civile. Sicchè nella virtù l'uomo dice lietamente e di proprio impulso: « io voglio »; laddove nel dovere a lui parla il freddo ed estraneo: « tu devi ».

Laonde il bene etico suppone l'operosità umana nel senso dell'Idea, cioè la virtù che tutto procaccia ed avviva; e coi suoi scopi interni esige speciali operosità nei doveri onde conservarsi e svilupparsi.

§ 45. Or si domanda come possa trovarsi il dritto in queste forme fondamentali dell' Etica. A non forviare dal concetto noi

Digitized by Google

cominceremo dal distinguere due significati della parola Dritto, non curandoci degli altri, come per es. quando si prende il Dritto nel significato generale di giustizia, come nella espressione « ledere il dritto », ovvero nel significato di giudizio, come nella espressione « perseguire il Dritto »; sebbene anche in questi significati vi entri la sua idea generale. Il Dritto in primo luogo, preso obbiettivamente, dinota le determinazioni della legge pensata nella sua unità, come nell'espressione, dritto romano, dritto germanico. Se all'incontro ad una persona si attribuisce un dritto come qualità che gli spetti per legge, come nelle espressioni, il dritto del cittadino, il dritto dell'ambasciatore, ecc., si avrà un significato subbiettivo, in quanto che alla persona sono attribuiti certi e determinati rapporti giuridici. Dal dritto, preso nel primo significato, derivano questi altri dritti, come determinazioni particolari. Se quindi si cerca l'idea del dritto, cioè il pensiero dal quale devono scaturire le determinazioni della legge, si viene a prendere il dritto nel primo significato, da cui bisogna dimostrare come derivi il dritto nel secondo significato.

Il dritto, conservando e sviluppando i dati rapporti morali ossia i beni etici, nasce dal medesimo spirito da cui nascono i doveri per proteggere le condizioni onde realizzare mercè la forza del tutto ciò che è etico. Poichè il dritto or vieta, per respingere le azioni contrarie alla conservazione e allo sviluppo dell'Etica, ed ora impone, per determinare le azioni necessarie; ne segue che esso, proteggendo e conservando, ha a suo oggetto e misura lo scopo comprensivo di tutta la morale e gl'interni scopi degli individui fondati su di essa. Nel dritto che conserva, all'istesso modo che nello sviluppo vitale di un organismo in cui non v'è conservazione senza rinnovamento, è rinchiusa la passibilità di uno sviluppo più ampio sulla base dei fini interni. La legge, determinando i dritti e i doveri degli uomini, tende a concretizzare il vero significato delle relazioni morali, e riordina le condizioni esterne sotto i cui auspici esse devono prosperare.

Nel momento originario dei rapporti morali si rivelano due diversi indirizzi: la forza che li produce or siede negl'individui che domandano un afforzamento, come nella proprietà, o

Digitized by Google

di parecchi individui, come nel contratto; or siede nel tutto come tale, nel centro, il quale accresce la sua forza, come nei poteri dello stato. Le tendenze alla propria conservazione si manifestano naturalmente; ma divengano morali sol quando assumono una funzione nell'idea morale, (§ 36), e il dritto si propone di proteggere questa funzione. Per esempio, se la proprietà è uno strumento della volontà, quasi una continuazione degli organi del nostro corpo, il dritto in tale senso convaliderà la volontà assoluta del proprietario, finchè altri scopi riconosciuti non vi facciano opposizione.

La facoltà inerente al dritto di obbligar l'individuo a fare o non fare certe azioni, e quella di agire coercitivamente derivano da una medesima sorgente. La loro coesistenza si spiega nel modo seguente.

Poichè gl'individui, e gli uomini, come enti morali, hanno la loro esistenza nel Tutto, così le parti del Tutto sono obbligate a quelle prestazioni che rendono possibile il Tutto, e nell'istesso tempo a non fare ciò che perturba le determinazioni individuali. A quest'obbligo delle parti, se non è osservato, si appone la coazione del dritto, la quale emana dalla forza morale nel Tutto verso le parti, ed ha la sua misura nello scopo dell'Etica. Il dritto coattivo garentisce nell'organamento etico la minacciata e reciproca azione delle parti. L'obbligazione può derivare dall'individuo, dalla conseguenza dalla propria volontà, come nel contratto; ma se la sua realizzazione è obbligatoria, ciò deriva dal significato etico che i contratti hanno nell'organamento, ossia nel Tutto. Or se il tutto meccanico esercita una forza sulle sue parti, tanto meno questa forza potrà mancare nel tutto etico: però tal forza ivi è determinata sol esternamente, laddove qui l'è eticamente. La coazione deve limitare di tanto la libertà, per quanto lo richiedono i fini interni: ond'essa ha da accogliere in se una temperanza ed una discrezione che non può ritrovarsi nella meccanica. Su tale base, che nasce dalla natura stessa delle cose, sta la differenza fra la coazione nella pena e la coazione nella esecuzione di un giudizio civile.

Poichè gli uomini ciò che sono ed hanno, hanno e sono so-

Digitized by Google

lamente nella società (§ 36), e la forza reciproca della società consiste nel vicendevole dare ed avere; così questa prestazione, che avviene per un verso e per l'altro, assume una forma tale, che essa viene condizionata e promossa dal dritto nel modo su descritto. E da ciò ne seguono i *dritti delle persone*. Il Dritto e i dritti, che appartengono alle persone, sebbene si distinguano come ordine di tutta la vita comune e come forza inerente agl'individui, pure sono perfettamente connessi fra loro. Il Diritto vige nell'interesse del Tutto, i diritti nell' interesse delle persone, ma sulla base del dritto comune. Laonde il Dritto colle sue leggi ha in mira l' *organamento* del Tutto, laddove i diritti colle loro esigenze particolari presentano nell'*organamento* un *afforzamento* degl' individui: essi si accordano e s'intrecciano a vicenda.

Dai fini etici inerenti all'uomo deriva nella società il bisogno che il dritto imponga ora col comando e ora col divieto. Questa necessità limita l' arbitrio per rendere possibile la libertà, semprecchè la libertà sia tale che realizzi la dèstinazione dell'uomo e non altro: essa quindi compensa il discapito, subìto dagl'individui per la limitazione della volontà, mercè un aumento di forza, che è soltanto possibile nell'organamento del tutto. Questa forza nell'ordine legale è il Diritto.

Prima di parlare del Dritto, che, partendo dal tutto, governa le parti e gl'individui, e dei dritti che appartengono alle persone, noi dobbiamo vedere che cosa meriti e debb'essere contenuto del dritto, e che cosa no. Il Dritto e i dritti non sono vuote rappresentazioni: essi sarebbero nulli, se per realizzarsi non possedessero la forza del tutto come forza di comando. Questa forza cambia nello Stato l'idea in fatto e il dritto ideale in dritto positivo.

Il fondamento, che nel dritto si contenga la libertà di usare o non usare e una larga possibilità di agire, riposa sulla volontà, il cui libero arbitrio è bensì circoscritto nell' ordine legale, ma nondimeno rimane quale una sorgente originale di possibili determinazioni, le quali possono nei modi più svariati servire ed essere messe al servizio della volontà. Il pregio del dritto sta nel determinare generalmente le forme, in cui si ri-

Digitized by Google

vela l'azione reciproca della volontà colla volontà altrui e colla volontà del tutto, e di garentire con ciò all' intelletto e alla volontà una forza maggiore a raggiungere lo scopo che si prefiggono.

Nei diritti le persone stanno di fronte alle persone; e noi misuriamo la forza della loro volontà dalla forza che esercitano sulla volontà altrui: noi, per es., nel dritto di proprietà misuriamo la forza della propria volontà dalla forza che esclude dall' istessa cosa la volontà degli altri. La forza della volontà sulla cosa, come tale, si riferisce al modo di profittarne e disporre; ma la forza sulla proprietà, la quale appartiene al dritto, si riferisce alle volontà altrui, e rende al dritto di proprietà l' austera e vigorosa natura che gli è propria; nei diritti dei paciscenti la forza della volontà si misura dalla forza sulla volontà opposta la quale è obbligata a rispettare il contratto; nei dritti di governo la forza si misura dall'obbedienza all' *imperium*; e nel dritto internazionale i dritti stipulati assicurano una forza contro i capricci dei popoli estranei.

La volontà degl' individui riposa sull' organamento del tutto. L' individuo, come colui che, abitando una casa, fa e disfà a suo talento secondo la sua saviezza o stoltezza, ha il dominio delle proprie determinazioni entro i limiti dell' organamento; e dov' egli fosse insufficiente a difenderlo, ottiene forza dalla forza del tutto. In questo senso i diritti sono una possibilità assicurata alle determinazioni della volontà, mediante i quali gl'individui attuano la loro libertà nella società. I diritti delle persone sono la forza riconosciuta della loro volontà negl'indirizzi determinati delle loro determinazioni 1). E dal riconoscimento di tali dritti da parte del tutto deriva la coazione, da cui è minacciato chi li lede.

I dritti in questo significato subbiettivo, come qualità inerenti alle persone, si fondano sugli stessi scopi interni della moralità, da cui derivano i doveri. I dritti e i doveri sono un

1) Vedi specialmente pel Dritto privato romano R. Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung*. 2. Par. 2. Ediz. 1866. pag. 278. 3. Par. 1865 pag. 310 e seg.

Digitized by Google

simultaneo prodotto dell'Idea, e i dritti vanno accompagnati ai doveri, poichè senza diritti sarebbe impossibile l'adempimento del dovere. Questa connessione si rende evidentissima quando per primo determinante si pone l'organamento del tutto e non l'afforzamento degl'individui. E se pure nella proprietà il dritto del proprietario si mostra quasi sciolto da ogni dovere poichè la proprietà è proprietà delle cose e solo indirettamente un rapporto colle persone; tuttavia nel contratto i dritti già si veggono condizionati a reciproci doveri; e nelle varie funzioni dello stato le persone, come il cittadino, il giudice, l'ambasciatore ecc., sono forniti di particolari diritti in causa di doveri corrispettivi. Nelle sfere più alte, come nei regnanti, diritti e doveri divengono talmente una cosa sola, che l'esercizio del diritto è per loro un dovere. I singoli organi dello stato se rinunziassero ai loro diritti, non rinunzierebbero ai propri ma ai diritti dello Stato.

Intanto non bisogna perdere di vista due cose. In primo luogo sarebbe erroneo se nel dritto privato della proprietà si volessero preporre i dritti ai doveri, per la ragione che in questa sfera il diritto di disporre liberamente si esercita col più assoluto capriccio. In fatti il dritto di proprietà nasce anche da doveri, cioè dall'obbligo del *iustus titulus*, dall'obbligo del legittimo acquisto, dal dovere di effettuare i carichi che gravitano sulla proprietà, nell'eredità dal dovere dell'accettazione nel termine legale e secondo le forme prescritte, dall'adempimento delle obbligazioni annesse all'eredità ecc. Inoltre nel dritto di proprietà si rivela lo scopo della moralità individuale, poichè nella proprietà l'uomo si spiega e compie in se stesso, come un tutto etico. In secondo luogo nei rapporti più elevati del dritto pubblico i diritti pare che oltrapassino i doveri tanto, che il privilegiato può esercitarli o no, come n'è esempio il dritto di grazia nel governante. Ma in questo soprappiù della facoltà legale v'è racchiuso assolutamente l'istesso significato etico, cioè la libertà individuale; perciocchè il dritto di grazia si esercita soltanto nel caso speciale, in cui le nuove circostanze e l'imprevisto non ponno essere apprezzati dal dritto comune.

Non si può dire assolutamente che i diritti derivano dai do-

Digitized by Google

veri: ma invece dritti e doveri nascono insieme dall'idea dello scopo interno: altrimenti il minore come potrebbe avere dei dritti senza poter adempiere ai doveri? Da ogni dovere nasce un diritto: il diritto di poter compiere il dovere nasce colla stessa forza logica, che dal necessario segue il possibile.

Dove il diritto esige ed impone dei doveri, come le imposte, esso impone mere prestazioni esterne: ma il diritto deve imporre più che un'esterna prestazione, poichè altrimenti al dovere obbligatorio della guerra si potrebbe ovviare mercè una macchina combattente. I doveri, per la cui mercè i diritti sono costituiti e forniti di forza obbligatoria, si compiono nella libera moralità. Intanto se il dovere legale è obbligatorio, poichè gli altri o il tutto lo esigono come un dritto, pure il dovere di coscienza, sebbene non obbligatorio, va ad esso parallelo, in quanto che vi si presuppone una tacita domanda provveniente dal sentimento interno dei rapporti morali dati.

Il Diritto determina i dritti e i doveri; ed in essi ha per misura gli scopi interni dei vari organi. Se quindi dalla loro graduazione ne segue, che essi hanno un valore distinto a seconda del significato degli scopi e del lor grado di perfezionamento, si vede chiaro come ne nasca necessariamente una disuguaglianza di dritti. Però questa disuguaglianza è compenetrata da un'eguaglianza, cioè dall'eguaglianza di proporzione fra doveri e dritti, fra prestazioni e contraprestazioni.

Intanto importa di conoscere ciò che il dritto non può e ciò che non deve determinare. Poichè è rivolto alla società, il dritto generalmente si astiene da tutto ciò che riguarda la moralità individuale (§ 37), sia per l'individuo solamente, come a mo' d'esempio per quelle determinazioni che danno norme all'uso della proprietà, che per parecchi ad un tempo, come per quelle determinazioni che potrebbero vietare le amicizie, la scelta dei lavoranti fra vari concorrenti, ecc. Però è difficile di circoscrivere questo concetto generale; i limiti ridondano ovunque e lì tutto si compenetra sì intimamente colle parti che da per tutto si ravvisa l'individuo nel tutto e questo nell'individuo. Così ad esempio la generosità è una virtù della moralità individuale informata al sentimento e ai mezzi del generoso; laddove la

Digitized by Google

prodigalità cade sotto il rigore del dritto, il quale, tutelando gli scopi interni della famiglia, interdice il prodigo e gli dà un curatore. Spetta alla sapienza della legge di schivare e risparmiare il lato individuale, acciocchè il compimento dell'Io, che può effettuirsi solamente nel libero piacere e nella gioconda libertà, non formi solo il bello ma pure la forza della società morale. Tale lato individuale, specialmente manifesto nell' individuo, si riproduce nella famiglia, nella corporazione, negli uffici, ed ha in se e da per tutto il pregio di una soddisfazione morale. Laonde il dritto deve segnare esattamente i limiti da osservarsi ed abbandonare alla moralità individuale il libero uso dello spazio che si trova fra quei limiti. Per tal guisa nelle famiglie e nelle corporazioni deve formarsi un dritto interno e proprio, il quale, limitato dal gran dritto comune, deve svilupparsi dalle individualità entro quei limiti.

Poichè la società etica presenta in parte l'individuo come un tutto e in parte un tutto formato dal collegamento degl'individui, così il dritto nell' istesso tempo deve seguire le forme dell'unione e della separazione, come fa nel contratto, nella conclusione e nello scioglimento del matrimonio, nei vari modi di prender parte alla società, nell'ammissione e nel concedo da essa, ecc. Or siccome il dritto facilita ed assicura queste funzioni di unificazione e di divisione, esso coopera altresì, sì per la forza del tutto che per la libertà dei singoli, ad un soddisfacimento etico ed alla realizzazione della vita veramente umana. In questa doppia funzione però è sempre possibile la lotta; la quale, se pur talvolta assopisce, è nondimeno facilmente ridestata, poichè sì nell'unione che nella disunione ciascuno cerca per se stesso il maggior vantaggio possibile. Onde fa d'uopo di determinazioni giuste e precise; come sarebbero i termini nello spazio, i limiti nel tempo e la misura negli scambi; i quali acquistano nel dritto un significato importante ed il rigore di un elemento matematico. Ei bisogna determinare con precisione il momento in cui il *vinculum iuris* si annoda o si scioglie, come nel contratto, nell' entrata o uscita da una società e da un ufficio, nel cambiamento di determinazioni giuridiche, specialmente se danno norma al commercio, ecc. Dove queste linee di confine riman-

Digitized by Google

gono indeterminate, ivi il dritto non previene, ma produce la lotta. Queste determinazioni però non sono capricciose; al contrario esse vengono imposte dallo scopo interno, e divengono per tale origine necessarie: quanto più son tratte da esso e con esso vanno in connessione, tanto più l'arbitrio nel dritto si cangia in necessità, e la costituzione in legge.

Poichè il dritto garentisce gli scopi interni della morale, vieta l'usurpazione e pone limiti da per tutto, esso ha in questo carattere conservativo un'attività preponderatamente negativa e repulsiva: e siccome ogni negazione deve porre la sua radice nell'affermazione, così in questa riposa, come origine positiva, la piena energia della moralità.

§ 46. La nozione del Dritto nasce dall'esaminata connessione fra doveri e beni etici (§ 44), fra dovere e dritto (§ 45). Il Dritto nel Tutto etico è il *compendio di quelle determinazioni universali dell'azione, per cui avviene che il tutto etico e le sue parti possono conservarsi ed ampliarsi.* Ogni dritto, in quanto è un diritto e non un'ingiustizia, nasce dall'impulso di conservare una esistenza morale. Questa nozione del dritto è la sola possibile nell'etica di una Teleologia immanente.

L'esposta nozione ha in se accolto il principio del dritto per non rimanere una mera dichiarazione di parole, nè per circoscrivere un puro fenomeno, ma invece perchè esprimesse la natura delle cose sul loro fondamento. Quindi esso si pone nel centro della considerazione e cerca la sua confermazione in tutto ciò che segue da lui. Chi distingue la nozione del dritto dal principio del dritto, o chi a dirittura ne vuole una disunione non ha peranco compreso l'ultimo significato a cui la nozione è destinata.

Il modo con cui noi abbiamo considerata la nozione parte in primo luogo dal concetto del *tutto etico*, e si contrappone a quelle dottrine che fanno derivare il dritto sol dalla volontà della persona o dall'armonica volontà di parecchi. Solo in un tutto può esservi il dritto, e solamente un tutto ha la forza di dar valore alle sue determinazioni. Daltronde la libertà dell'individuo, dalla cui volontà si pretenderebbe che scaturisca il dritto, non è neppure storicamente il primo principio: ogni individuo per

Digitized by Google

lo meno nasce nel tutto di una famiglia, e quindi fino ad un certo punto in una data comunanza legale. Intanto bisogna notare che l'espressione di « tutto etico » fu adoperata nella nozione sotto il concetto generale di qualunque costituzione morale (§ 40), come sarebbe la casa, la società, lo stato, le famiglie di stati; in un senso eminente però il tutto etico è lo Stato.

Le determinazioni del dritto sono *universali*; poichè l'interna necessità dei fini morali procaccia la universalità esterna ed esige universale obbedienza.

Queste determinazioni sono determinazioni universali dell'*azione*. Veramente l'azione non può essere concepita senza della volontà che le sta a fondamento; ma le determinazioni legali non sono pure determinazioni della volontà, la quale appartiene, come tale, alla giurisdizione interna e all' etica dell'intenzione (§ 37). La volontà, che non diventa azione, si sottrae al dritto: e se questo accoglie nel suo dominio il *dolus* e la *culpa*, ciò vuol dire che essi sono, riguardati come qualità interne, ma però caratteristiche dell'azione. Il dritto rispetto all'azione non ritiene il *dolus* e la *culpa* come sorgente dell' ingiustizia; come all'opposto il sentimento, la fede e la virtù non sono imposti da esso, come se dovessero ottenersi forzatamente. Il campo del dritto è circoscritto, e non riguarda che le sole determinazioni dell'azione.

La nozione espone inoltre come le determinazioni legali dell'azione hanno in mira la realizzazione del tutto etico e delle sue parti e la possibilità di uno sviluppo ulteriore. Quindi il dritto si rivela come una funzione del tutto a proteggere i suoi scopi interni, poichè la parte è un membro del tutto, a cui viene conferito un proprio scopo. Questo modo di considerare il dritto è contrario all'opinione che fonda il dritto originariamente sul contratto e sull' accordo. Il dritto, superiore al capriccio di un contratto (§ 12), ha la sua radice nei fini interni, che appartengono alla natura delle cose.

Qui torna in acconcio di contemplare tale origine del dritto in un esempio, che offre insieme un'analogia a cose più elevate. Si riscontrino per esempio le rigorose leggi del dritto ma-

Digitized by Google

rittimo che imperano sulla nave. La nave in viaggio è come un piccolo stato minacciato da ogni parte; e sulla nave, come nello Stato, le leggi derivano dalla natura delle cose. Esse, indipendentemente dalla convenzione dei noleggiatori, hanno tutto il loro impero sull'equipaggio. L' assoluta obbedienza al comando del capitano e quella del capitano al pilota è indispensabile per la conservazione del tutto : un' ingiuria di fatto al capitano nell' antico dritto marittimo era punito di morte , come delitto di lesa maestà : per la conservazione del tutto la diserzione dei marinai , il temporaneo abbandono della nave e perfino la negligenza è severamente punita; per la salvezza del tutto i beni sono abbandonati e gittati da bordo , nell' istesso modo che nella espropriazione il tutto è preferito all'individuo. I diritti e i doveri del capitano e dei marinai sono proporzionati al loro servigio in pro' del tutto. La potestà del capitano sulla ciurma e sugli stessi viaggiatori, cioè i suoi dritti, è fondata su i suoi doveri, e gli è attribuita in forza di questi: i suoi diritti derivano dall'idea della sua natura, in quanto che in lui sono contemplate la volontà e la ragione conservatrice del tutto: essi derivano dalla stessa idea che determina i suoi doveri. Veramente a bella prima i doveri non si mostrano come derivanti dai dritti, ma invece i dritti dai doveri: però accuratamente considerati, i suoi doveri e i suoi dritti derivano insieme dalla stessa e medesima idea. Il dritto del capitano ad un comando assoluto sta accanto al suo dovere di sacrificarsi all'occorrenza pel tutto: nel naufragio il suo dovere è tale, ch' egli è l'ultimo uomo a salvarsi. Se il dritto marittimo delle varie nazioni è concorde nei suoi tratti fondamentali, questo fenomeno dipende non solo dalla necessità nel commercio di un dritto comune che agguagli e colleghi le nazioni , ma bensì dalla semplicità ed identità dei rapporti che gli sono di base. All'istesso modo che nel piccolo stato della nave, il diritto dello stato in grande e di tutti gli altri ordini deriva dal tutto che si regge nelle parti e in se regge le parti.

Il contratto adunque non trova alcun fondamento in tutto ciò. Il dritto manifesta le determinazioni universali dell'azione nell'azione dello stato, acciocchè il tutto si convalidi nei suoi scopi.

Digitized by Google

Secondo le nuove rappresentazioni della nostra vita comune noi vediamo sempre il dritto ferroviario e il dritto telegrafico derivare colle sue pene restrittive per i danneggiamenti dal loro scopo interno, e il contratto non avervi che pochissima importanza.

Secondo questo modo di contemplare il dritto al fine della conservazione si accoppia la possibilità d'uno sviluppo ulteriore, senza di cui il dritto deperirebbe. La conservazione e lo sviluppo devono procedere di pari passo ; e quindi il dritto nella libertà della persona, nelle determinazioni della proprietà, nella protezione del contratto, nel dovere verso il governo, ecc. deve realizzare la possibilità di una vita che via via si sviluppa ed accogliere nel suo seno i nuovi prodotti secondo i suoi fini interni.

Dopo una tale esposizione sentiamo l' obbligo di esaminare alcune difficoltà che si fanno alla nostra definizione, onde poterle rimuovere.

Sembra a prima vista che nella suddetta definizione sia stato trasandato l'individuo, la persona, perchè in essa non si parla che del tutto morale e del suo organamento. Ma non è così; e la persona v'è compresa; poichè gli attori ed i soggetti delle varie parti non sono che persone. Il dritto, garentendo l'organamento del tutto, garentisce per conseguenza i vari membri, garentisce gl' individui come Caio, Sempronio, ecc. E quindi vien tutelata la volontà del *dominus* nella proprietà, poichè il dritto, in opposizione al comunismo, garentisce la proprietà dell'individuo come un organamento ; e così pure garentisce nel contratto l'accordo delle volontà individuali, non degl'individui come questo o quell'individuo, ma sì il contratto come la forma riconosciuta dell'organamento nell'individuo coll' individuo.

La nozione del dritto, che scaturisce dall' organamento del tutto, accoglie in se anche l'indirizzo individuale verso il rafforzamento ; nel senso cioè che essa comprende tutto ciò che per la vita dell' individuo ha pregio ed interesse (§ 36). E quindi, in mezzo ai limiti che il Tutto impone alle volontà individuali, i diritti, che derivano dal dritto generale, vengono invigoriti ed aumentati dalla forza del Tutto, che dà forza all'individuo, e gli assicura le facoltà e i beni di cui può godere. Il dritto privato espone partitamente questi vari lati dell'individuo.

Digitized by Google

Si è inoltre obiettato contro questa definizione, che essa trascuri la distinzione fra dritto e morale, e che ometta due osservazioni importantissime, cioè che ogni dritto debba essere dapprima esteriormente riconosciuto e poi coattivo.

Il riconoscimento esterno non si è punto omesso (v. § 49): però esso non appartiene alla definizione del dritto, il quale deve valere, dove pure quello non valga. Ed è perciò che esso non fu accolta neppur da Kant nella sua definizione del dritto. Quando il pubblico riconoscimento si pone in prima linea, esso conduce alla dottrina della convenzione posta ad origine del dritto; come presso Herbart, il quale fonda il dritto (§ 32) sull'accordo di più volontà pensate come regole che prevengono la lotta. Or siccome non è concepibile un contratto originario come sorgente del dritto (§ 10. § 12), perciò il pubblico riconoscimento non può essere accolto dalla definizione, ma deve andare necessariamente in seconda linea. Se il principio necessario del dritto è stabilito, e da esso nascono delle determinazioni, il riconoscimento ne segue naturalmente e di per se. Inoltre si è proposto di rivolgere la definizione come pruova per riconoscere se essa sia adequata. Se si pone la questione in questi termini, se cioè le determinazioni universali dell'azione (per le quali si possa dimostrare che il tutto etico e le sue parti si conservino e si sviluppino), siano anche determinazioni legali, forse un coscienzioso giudice confesserebbe che sarebbe altamente desiderabile, in certo modo anzi eticamente necessario che simili determinazioni conservino un valore legale, ma però non devono esercitare un'influenza sul suo pronunziato; poichè in tal caso la forma del dritto verrebbe meno, e per il dritto, come tale, questa forma costituisce la sua essenza. La inversione è certamente una pruova della definizione; ma il giudice e ciò che egli deve avere in mira nel suo pronunziato non può decidere della prova. La definizione che deve esporre il principio del dritto, dovrebbe piuttosto interpellare il legislatore se vi manchi qual cosa di ciò che ei deve riconoscere e sentire il dovere di far rispettare. La forma del dritto è certamente essenziale al dritto (§ 49); ma da ciò non segue che se ne ha da parlare nella definizione, supposto che da questa de-

Digitized by Google

rivi. La proprietà del teorema pitagorico è essenziale al triangolo rettangolo; ma essa, similmente alle altre tesi, è inclusa nella definizione del triangolo rettangolo, senza però essere precedentemente espressa nella definizione. L'istesso succede pei caratteri del riconoscimento esterno in rapporto alla definizione del dritto. La necessità tira talmente nel tutto razionale il riconoscimento, che esso addiviene la sua volontà. Prima che la necessità è divenuta tale e come tale si è appalesata, il giudice, che è una funzione della volontà del tutto, può farla valere. Ma ciò non depone contro la determinazione della nozione, la quale, deve soltanto pronunziare non ciò che è, ma ciò che debb'essere il contenuto del dritto in genere.

In secondo luogo se la coazione non è stata compresa nella definizione, ciò lo fu per la medesima ragione del riconoscimento esterno. Le determinazioni universali, le quali elevano la forza nuda a dritto (§ 10), racchiudono per loro stesse la forza coattiva. Essa quindi, quand' è necessaria, scaturisce naturalmente dalla nozione: poichè se il dritto consiste di determinazioni tali, senza di cui il tutto etico non potrebbe conservarsi, ne consegue naturalmente che esso deve attuarle, altrimenti verrebbe a mancare ciò in cui solo si realizza lo scopo della vita. La coazione segue dalla nozione in misura della moralità, qualora il dritto venga infranto o negato (§ 45); ma egli è indifferente per la nozione come tale, e nulla in essa è cangiato, se il dritto venga infranto od osservato. Il Dritto rimane sempre Diritto. Se s'immaginasse una comunanza di uomini giusti, la forza coattiva non vi troverebbe accesso, perchè tutti rispetterebbero volontariamente il dritto; e come norma dei limiti che essi designerebbero al loro fare e non fare, si avrebbe sempre l'istessa nozione del dritto. Che un ordine di dritto possa essere concepito senza la coazione, e nondimeno senza rinunziare al suo concetto anzi concependolo più nobilmente, è dimostrato nelle introduzioni alle più recenti ed importanti opere intorno al processo civile 1), in cui la pena non è compresa come un mezzo

1) M. A. de Bethmann-Holweg, *der Civilprocess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwickelung*. 1 parte 1864 § 12, § 18 e seg.

Digitized by Google

coattivo del dritto ; ma come la giustizia medesima, all'istesso modo che la esecuzione del giudizio non è coazione, ma reintegrazione del vincitore nell'esercizio del dritto. Di maniera che il «brutto concetto di coercizione» sparisce dal campo del Dritto , e il processo non è più compreso come « istituzione coercitiva contro il debitore in mala fede », ma soltanto come «manifestazione vittoriosa del dritto ». Questo modo di vedere dimostra per lo meno che la coazione non esiste come un costituente originario del dritto , ma soltanto come un carattere di second'ordine. Come tale essa è necessaria, poichè la coazione accompagna il dritto in tutti i suoi ordini; e degli ordini legali si può dire ciò che i romani dissero del potere degli ordini mondiali : *ducunt volententem fata , nolentem trahunt.* Alla giustizia è data in una mano la bilancia e nell' altra la spada ; e se essa colla spada, simbolo della forza, non potesse difendere ed ottenere ciò che accuratamente pesa, svanirebbe nella stirpe egoistica ed ostinata degli uomini quel timore, che è il fondamento dell'ossequio (§ 51). Se si considera la coazione come posta al servizio di un tutto morale tale, che si compie soltanto nelle sue parti etiche ; e se inoltre la condizione della moralità individuale nell'individuo è libertà; ne vorrà che la coazione , in luogo di essere un potere aspro e rozzo, si limiterà alla minima misura necessaria, e cercherà quella forza che è la più conveniente alla morale. Se finalmente la coazione si vuol considerare nel diritto solo come una difesa contro l'arbitrio , si parte dai bisogni dell' individuo offeso dall' ingiustizia del capriccio. Ma che cosa è il capriccio ? In questa domanda si compendia l'intera definizione del dritto. Da tutto ciò che si è detto si vede chiaro che sarebbe erroneo di comprendere nella definizione il riconoscimento esterno e la forza coattiva.

Le definizioni , se sono giuste ma non adeguate , facilmente riescono o troppo ristrette o troppo ampie , secondochè vi si comprende più o meno di ciò che si deve. E questi appunti sono stati fatti entrambi alla nostra definizione del dritto.

La nozione riesce troppo ristretta, si è detto, perchè secondo essa il dritto non è altro che un prodotto etico, che beni etici, mentre bisogna garentire anche i beni naturali, come la vita e

Digitized by Google

la salute. Se la morale è presa nel senso lato (§ 35) e non nello stretto della volontà del bene (§ 37), non trova fondamento alcuno un tale appunto. Corpo e membra, vita e salute sono le condizioni dell'Etica, e la protezione di essi cade senza difficoltà nella definizione (risc. § 90). E così è rimossa la obbiezione, che la pretesa definizione da se escluda qual cosa che pur le appartenga.

Si cadrebbe nell'errore opposto, se la definizione avesse una ampiezza da tirare in se cose e principii estranei. In un tal senso è stato messo in dubbio, se al diritto appartengano le determinazioni generali dell'azione, per la quale sia condizionato un ulteriore sviluppo del tutto etico, non potendosi esso ottenere con mezzi coattivi. Ma la coazione in tal caso è cercata in un indirizzo falso, perchè non si tratta di imporre l'ulteriore sviluppo, ma di renderlo possibile nell' *organamento*, come ad esempio nei contratti e negli stadii della legislazione, e di proteggere questa possibilità all' occorrenza colla forza. Se ciò non fosse preveduto nel dritto, l'*organamento* del tutto etico diverrebbe immobile ed impossibile lo sviluppo della vita.

Non è che una obbiezione speciosa quella di dire che alla conservazione ed allo sviluppo del tutto etico vi appartengano altre norme diverse da quelle del diritto e nominatamente quelle molte del benessere. Chi lo nega? Ma sarebbe un errore il supporre che dritto e benessere si escludano a vicenda. Al contrario le norme del dritto penetrano nelle determinazioni del benessere, e provveggono acciò gli ordini della vita possano conservarsi. Così per es. la scuola è un istituto del benessere morale, la strada ferrata una organizzazione dell' utilità generale, ed esse come tali non sono determinazioni universali dell'azione, una forma del diritto, ma sono invece da contrassegnarsi fra i beni etici (§ 44). Ma affinchè un tal tutto etico e il suo organamento si conservino e prosperino nel loro scopo, si costituisce il dritto speciale di questi ordini, il dritto scolastico, il dritto delle strade ferrate, alla lor volta limitati dal tutto che le abbraccia e dalle sue parti, da cui essi, come membro, presero forza.

Finalmente si usa di opporre alla nozione ideale la rivelazione del fenomeno; e quindi si reputa erroneo il principio del drit-

Digitized by Google

to, perchè il dritto positivo è in mille modi manifestato come derivato dall'opposto della morale, per es. dalla forza egoistica. Nessuno potrà negare un dispotismo sì nelle piccole che nelle grandi sfere, e vi sono esempi nel dritto storico, in cui esso ha trovato novella forza, come n'è esempio l'origine della schiavitù sul finire del medio evo e nel secolo XVI 1), in cui ebbe impero assoluto l'arbitrio del signore, su cui fu fondato il dritto, e solo più tardi a salvaguardia della morale. Ma la falsa applicazione nulla toglie alla nozione, e ciò ha luogo anche in altre sfere. Così nel linguaggio si è preveduta una tale contraddizione; e si parla di spensieratezza, dove il pensiero, misurato alla stregua del pensiero, non è pensiero; come si dice inumano di ciò, che misurato alla stregua dell'umano, non è umano. Nel medesimo senso quel diritto che, come nell'esempio su cennato, non è diritto, è un diritto estrinsecamente, intrinsecamente un nondiritto. E noi dobbiamo riconoscere la legge della vita solamente nelle sane produzioni, e il principio del dritto solamente nei sani sviluppi. La nozione, perchè di origine etica, deve insegnare a distinguere il bene dal male e il giusto dritto dall'ingiusto non solo, ma altresì, quando scorge che un qualche dritto in vigore derivi da un'altra sorgente che non sia quella ch'essa richiede, oppure che nelle sue determinazioni quel dritto le contraddica, deve avere la forza di migliorarlo e di correggerlo.

Chi nella storia del dritto guardi all'impulso che vi si scorge verso il grande e il tutto, troverà riaffermata la nozione. In ogni legge, che vieta e punisce, risiede una forza proibitiva. Queste leggi non producono alcun rapporto vitale, ma cercano di garentirlo, se lo riconoscono, ed assumono per il rapporto etico il dovere di affermarlo nelle condizioni universali del suo essere. Oltre a ciò per quanto il dritto è destinato ad appianare la lotta, esso garentisce nei contratti le condizioni morali, le quali stanno, come legge costitutiva, a fondamento del reciproco rapporto: e dove il dritto non protegge certi contratti nelle loro conse-

---

1) G. Hanssen, *die Aufhebung der Leibeigenschaft und die Umgestaltung der gutsherrlich bäuerlichen Verhältnisse überhaupt in dem Herzogthümern Schleswig und Holstein*, 1861, pag. 6.

Digitized by Google

guenze, come i contratti del giuoco, o nel dritto romano la *donatio inter virum et uxorem*, con ciò appunto esso ha di mira la protezione di una moralità più alta (risc. dig. 24, 1, 1).

La definizione deve abbracciare tutto ciò che il dritto comprende: ond'essa deve altresì determinare i doveri legali e i dritti individuali (i dritti nel senso subbiettivo). Questi vi sono compresi entrambi, essendo determinazioni universali dell'azione, quelli col carattere del dovere, questi col carattere del potere e del lecito. Infatti la legge obbliga all'occorrenza all'adempimento dei doveri legali; come dall'altra parte ognuno che ha un dritto può esercitarlo. Similmente nella definizione v'è compreso il lecito (legale), poichè il dritto, proteggendo l'organamento della vita, circoscrive e lascia allo sviluppo individuale un proprio e libero campo. Le determinazioni universali dell'azione, poichè assumono nella cerchia individuale un proprio e speciale aspetto, devono connettersi fra loro. Se nel citato esempio della nave noi domandiamo che cosa vi abbia di conforme al diritto nella nave in viaggio (indifferentemente all'uso e consuetudine o alla legislazione); risponderemo i doveri legali, i quali sono espressi nel permesso e nel divieto e sanzionati colla pena, come ad esempio nella obbedienza al capitano, nei diritti a cui questo è autorizzato per mantener l'ordine o ciò che spetta ai passaggieri. Mercè i doveri legali e i dritti individuali pel terzo è determinato il lecito, che si dovrà circoscrivere nella reciproca azione secondo il ristretto spazio della nave. I dritti che danno facoltà e il lecito che è lasciato all'arbitrio, hanno di comune una libertà di esercizio; ma mentre il lecito racchiude in se solo generalmente il concetto negativo di non essere cioè proibito, i dritti all'incontro danno a coloro cui spettano la facoltà di esigerli, ciò che non avviene nell'altro caso. I dritti contengono la nozione universale del lecito e sono legati all'adempimento dei doveri. Talchè le determinazioni generali dell'azione accolgono nella nozione del dritto una triplice forma cioè il dovere legale, i diritti concessi ed il lecito 1).

---

1) Risc. nella memoria dell'autore: *Die Definition des Rechts* in J. Pözl's *Kritischer Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1862,

Digitized by Google

Intorno alle determinazioni limitatrici fra legalità e moralità si noti ancora quanto segue. La moralità, presa nel senso più generale della parola, è un campo ampissimo, in cui v'è racchiusa la legalità come suo prodotto. Ma nella vita la legalità si misura secondo gli esterni contrassegni di ciò che cade nella cognizione del giudice, sia che egli possa riconoscerla, come negli affari del diritto privato, sia ch' egli debba prenderne cognizione d'ufficio, come nel reato. Il tutto (la società) impone e presta la sua forza esterna ai doveri legali, ai diritti ed al lecito mercè i giudici. Donde segue che il dritto di coazione si mostra solo esteriormente e dal lato del fenomeno; o altrimenti solo in ciò che tocca la personalità individuale. Quanto più questo lato si presenta nei rapporti della vita, tanto più noi vi troviamo il principio etico nel senso più ristretto della parola. Così, ad esempio, un contratto racchiude in se elementi giuridici maggiori che non racchiuda il matrimonio, il quale diviene giuridico solamente nei limiti esterni, poichè nella vita interna esso è di una natura eminentemente etica: similmente la società azionista, col suo complesso dei contratti, ha lati giuridici più di un' accademia, che per i suoi scopi ideali poco attiene alla forza coattiva. Ciò che v' ha di giuridico nel matrimonio o in un' accademia sono le determinazioni generali dell'azione, senza la cui guarentigia l'essenza del matrimonio o l' essenza di un' accademia verrebbe in pericolo. In tal modo il lato giuridico si rivela solo esteriormente nella coazione, parte nei doveri legali per adempierli, parte nei dritti per prestar forza a coloro, cui essi spettano, e parte nel lecito per garentirlo.

Fin dove la morale effettua ciò che la legge dovrebbe comandare, fino a quel punto una determinazione addiviene appena sensibile come giuridica; ma si presenta come tale appena che la venga trascurata. All' individuo per lo contrario il diritto determina i limiti del suo potere, ciò che egli può e ciò che non può; esso rafforza il suo potere in ciò che gli è lecito; ma i limiti derivano dalla idea etica, la quale sta a base del tutto e

---

IV, 1, pag. 76, alcuni riscontri critici di altre determinazioni della nozione nel dritto naturale.

Digitized by Google

degl' individui, e nascono là, dove gl' individui stanno in una azione reciproca fra loro e col tutto. Entro questi limiti si muove la moralità individuale, a cui appartiene ciò che essa procaccia o provvede agl' individui in questo libero campo della forza. I limiti troppo ampi producono lotta e discordia, i troppo stretti restringono l' umana attività; e i giusti solamente determinano e conservano la libertà.

Intanto prima di conchiudere volgeremo uno sguardo indietro; poichè se alla domanda (§ 10 e seg.) — quale contenuto eleva la forza al dritto — fu risposto: la conservazione del Tutto e dei suoi scopi interni; ora sarà utile, mercè un riscontro dei vari modi di concepire il dritto (§ 9-14), di vedere il rapporto che essi serbano rispetto alla vera nozione.

Se *Hobbes* (§ 10) riguardò il dritto come un mezzo esterno alla sicurezza e *Spinoza* come una forza aumentata mercè l' unione; chiaro si mostra che la sicurezza e la forza unita non sono nella ritrovata nozione l'essenza originale, ma solo una qualità accidentale e secondaria; poichè nulla unisce e assicura più che la conservazione e lo sviluppo dei fini interni, i quali rendono uomo l'uomo. Se *Kant* (§ 13) chiese dal dritto le condizioni, per cui succeda che la libertà dell' uno possa coesistere secondo una legge universale colla libertà dell' altro, questa nozione, sebbene importante per la determinazione dell'universale, fu tuttavia nella sua essenza riconosciuta come formale e solo come un contrassegno negativo; laddov'essa si compie mercè l' indirizzo positivo della morale, per la cui garenzia la nozione legale lavora nelle condizioni esterne. *Rousseau* (§ 12) pone l' accordo esterno delle volontà aderenti ad un contratto di dritto in luogo dell'accordo interno, il quale, secondo la natura ragionevole degli uomini, nasce quando il dritto si pone sulla base della necessità. Questa origine accidentale e mutabile è diametralmente opposta alla natura necessaria e immutabile del dritto.

§ 47. I fini interni della moralità sono le forze motrici del diritto; e la loro esigenza alla propria conservazione e al loro sviluppo fa nascere per conseguenza necessaria la nozione del dritto. I fini interni stanno in un' armonica connessione colle parti del tutto. Ma fino a che il dritto rimane colle sue pre-

Digitized by Google

tese nella cerchia degli ordini individuali, sol reggendo i loro scopi speciali, e fino a che questi scopi stanno solamente l' uno accanto dell' altro, e ciascuno cercando il suo per se, una *opposizione* è sempre possibile fra loro, anzi inevitabile. Il componimento di tale opposizione può pensarsi in vari modi, e la risoluzione positiva ha luogo ai *punti d'incrociamento delle due idee del dritto*. Tale risoluzione, quanto meno risulterà da una predilezione per uno degli scopi determinati, tanto più sarà l'effetto dell' idea del tutto complessivo e delle parti da esso derivate, tanto più corrisponderà al pensiero interno delle cose.

È utile intanto di rischiarare ancor più questa collisione per via di esempî. A tal pro' si ricordi la domanda del dritto romano, come si dovesse ritenere, se un materiale estraneo, per es. una trave, fosse stata introdotta in una casa (instit. II, 1, 29); o chi sia proprietario, se qualcuno avesse fatto un vaso con metallo non proprio (instit. II, 1, 25). Quì si presentano due domande, la prima derivante dalla proprietà del materiale, l' altra da un significato forse più alto del lavoro. O si ricordi la domanda, se un figlio, stando sotto la *patria potestas*, acquisti il bottino, come ogni altra cosa, per il padre; e quindi il dritto rigoroso della potestà paterna e lo scopo politico del vincitore, che favorisce il valore, posti in lotta, e l'ultimo, vincendo, produce il *peculium castrense* (*digest.* XLIX, 17, 11); o si ricordi il caso in cui un figlio, sottoposto alla patria potestà, fosse chiamato a reggere un ufficio (Gell. II, 2 *instit.* I, 12, 4), se i doveri di famiglia e i doveri dello stato potessero non opporsi gl' uni agli altri; o si ricordi il possibile caso che due famiglie pretendino alla proprietà della dote, e le determinazioni giuridiche che ne derivano (risc. nel § 135); o la domanda fino a qual punto possa essere concessa querela contro il terzo, se esso divenuto possessore in buona fede della proprietà altrui, lo scopo della rigorosa proprietà e lo scopo del sicuro traffico nel commercio siano fra loro in opposizione (risc. nel § 95). O finalmente si ricordi nel caso dell' espropriazione, che, divenuta ogni giorno maggiore nel moderno traffico, fa sì che il dritto esclusivo del proprietario sulla cosa e uno scopo essenziale del tutto, per es. dello stato per le strade ferrate, si oppongano l' un l' altro.

Digitized by Google

Ciò che questi esempî del dritto privato rivelano, diviene, quando più alto le sfere del dritto salgono, tanto più difficile e complicato, come nei rapporti del dritto pubblico, per esempio quando gli scopi della chiesa e dello stato, non andando d'accordo, producono dei concordati. Conviene quindi penetrare nei motivi di questi scopi, ed accettarne la soluzione nel senso del tutto. Gli scopi opposti, sono come parti e non di rado rappresentati da partigiani, per cui quando vengono a contatto, la giusta risoluzione si rende più intrigata e difficile. Lo spirito caratteristico della legislazione positiva si rivela in questi punti d' incrociamento sia col risolvere che col comporre. Però nella nozione generale del dritto deve riflettersi l' accordo del tutto con se stesso; se non che il dritto non comincia col sistema, ma vi giunge bensì tardi.

Quanto più l' oggetto del dritto è lontano dallo scopo originale della morale, e quanto più quindi al suo paragone si mostra accidentale; tanto più la determinazione del dritto diviene dubbia, e si sollevano controversie, giacchè si tenta da lati opposti di porre in armonia ciò che allo scopo etico è estraneo e lontano. Ciò si mostra ad esempio nel dritto ereditario, quando trascurando i prossimi rapporti di famiglia, si fa cadere l' eredità sui più lontani parenti; nelle determinazioni dell' acquisto provveniente dall' alluvione, quando l'approdo secondo il dritto romano tocca (*instit.* II, 1, 20 *dig.* XLI, 1, 7) al fondo adiacente e al suo proprietario, ma secondo alcuni dritti particolari tedeschi al fisco; in ciò che riguarda il dritto di proprietà di un tesoro trovato nel proprio fondo, poichè esso appartiene secondo il dritto romano (*instit.* II, 1, 39) allo scovritore, ma secondo lo Specchio Sassone (I, 35) alla potestà reale. In tali rapporti estranei alla vita etica, la definizione esterna del dritto che ci dà *Herbart* — essere il dritto l' accordo di due volontà pensato come regola, ond' evitare la lotta — è la sola che racchiude la sua verità.

Ann. Noi cerchiamo pur un esempio analogo nella storia del dritto per rendere evidente, come nella storia l'origine e la derogazione delle determinazioni giuridiche sieno sottoposte in parte a condizioni etiche, e in parte al modo come gli scopi etici si connettono,

Digitized by Google

si adeguano o si respingano; e noi lo troviamo nella ricerca generale sul Trentesimo di *Homeyer* (Memorie della R. Accademia delle scienze di Berlino, 1864, specialmente pag. 199 e seg.).

Il termine di trenta giorni, entro cui secondo lo Specchio Sassone dopo la morte del testatore erano sospesi tutti gli affari ereditari, non è arbitrario, (§ 45) ma è il risultato dei costumi affini dei popoli e dell'usanza religiosa. Il motivo, che gli sta a base, riposa in un sentimento generale degli uomini. I trenta giorni sono i giorni del più profondo lutto. Aronne e Mosè furono pianti trenta giorni dai figli d'Israele; e la chiesa romana si appropriò questo numero biblico. Anche presso i Greci noi troviamo il banchetto commemorativo al trentesimo giorno. Secondo le tracce scandinave l'immissione dell'erede nei beni ereditarii in un determinato giorno dopo la morte del testatore è un costume antichissimo dei popoli. Nel termine di trenta giorni, per onorare la memoria del defunto, è garentita la pace della casa del morto; nessun affare ereditario deve turbare con le sue cure mondane il tempo del profondo lutto. In primo luogo la vedova deve avere riposo, e non essere repentinamente rapita alle sue abitudini. La chiesa onorò il giorno trentesimo, in cui essa, come nel giorno della sepoltura, nel settimo e nell'anniversario, ebbe cura di recitare una messa funebre. Nel costume popolare il banchetto ereditario cade concordemente nel trentesimo. In quest'armonia viene il pronunziato dello Specchio sassone (Gloss. al I, 22) che l'erede non deve adire all'eredità prima del giorno trentesimo. Il dritto vi garentisce un bisogno dell'animo umano. Ma a questa esigenza contraddice al certo energicamente il fatto che l'erede è immesso immediatamente nei dritti e negli obblighi del testatore. Quindi nasce nel dritto imperante la cura di contemperare questi due rispetti, quella pace della famiglia del defunto, il riguardo pei sentimenti dell'afflitta vedova e le necessità e gli obblighi del nuovo proprietario. Laonde viene prescritto nel dritto provinciale sassone (I, 22, § 1) che l'erede possa prendere una certa cura dei beni ereditari che gli appartengono. «L'erede può ben accedere alla vedova prima del trentesimo giorno, acciocchè procuri, che nulla vada perduto di ciò che gli appartiene ». Le determinazioni giuridiche che si ammisero ulteriormente conciliarono la suddetta contraddizione più esattamente mercè varie e speciali disposizioni. Come la potestà dell'erede limita la quiete che regna sugli averi, all'istesso modo la difende anche nei termini stabiliti dalle precoci pretensioni di coloro che possono vantare un

Digitized by Google

diritto sulla eredità. Ma ciò non ostante l' importanza del Trentesimo da un secolo è andata scomparendo a poco a poco. Nelle nazioni evangeliche cessò la celebrazione ecclesiastica del giorno, e quindi venne fuori uso il funerale generalmente celebrato mercè un banchetto comune. Il numero perdè importanza : poichè gl' inconvenienti economici si fecero oltremodo sensibili pel cresciuto commercio dei nuovi tempi ; giacchè per trenta giorni, sospendendosi i provvedimenti sulla eredità , la divisione era differita e i diritti rimanevano vincolati. Quindi parve conveniente di non legare il ricominciamento dell' amministrazione ad un tempo stabilmente determinato , ma di affidarlo alle circostanze e all'accordo. Dove prima due scopi opposti si erano incontrati e avevano cercato un accomodamento ; lo scopo principale scomparve ora del tutto , e nel dritto vigente l'etica che sta al fondo dell'economia calcolatrice vinse sull'etica del sentimento, la quale divenne semplicemente oggetto della moralità individuale.

§ 48. L' esposta idea del diritto si rivela nella formazione del dritto storico come un lento ed efficace impulso, non avvertito forse nel dritto consuetudinario, ma certamente sentito nella legislazione come uno sforzo a determinare e consolidare la forza dominatrice delle relazioni speciali col Tutto.

Il dritto consuetudinario, prima forma sotto cui si appalesa il dritto, nasce dal sentimento comune degli scopi interni, che riposano nella natura uniforme delle relazioni e quindi tacitamente riconosciuti come loro esigenza. Poichè questo sentimento, nato nella formazione e nella vita dei rapporti giuridici e consolidato nella società, ha non di rado un' efficacia maggiore che non l' avesse la legislazione , e poichè il riconoscimento ereditato e consolidato di padre in figlio è non raramente più profondo ed efficace che la forza del comando esterno ; ne segue che il dritto consuetudinario—specialmente nelle relazioni semplici della vita — ha un alto valore etico. La Legislazione in se accoglie gli scopi più determinati della comunità etica; ed è per se stessa facilmente incompleta. L' istesso dicasi dei diritti speciali, i quali nella loro origine si mostrano formati da dritti consuetudinarî. Le leggi speciali sogliono penetrare più profondamente nella natura del luogo e della nazione e comprendono più da vicino gli scopi interni. Laonde l'universale,quan-

Digitized by Google

tunque essenziale a stringere il tutto mercè un forte vincolo, pure riesce micidiale, se opera distruggendo, e non lascia nella uniformità della sua regola alcun libero campo al vario.

Se si paragonano le forme storiche del dritto col loro concetto etico, non si deve giudicare assolutamente di tale concetto secondo il modo di vedere attuale; ma bensì secondo il grado di progresso in cui l' etica si trovava in quel tempo. In questo senso il dritto, compreso nei suoi motivi interni, è l' espressione della moralità nazionale, come nominatamente nelle legislazioni semplici e logiche, per es. nel dritto mosaico, in cui si rivela chiaramente il pensiero fondamentale etico,che si afferma secondo le varie tendenze delle leggi. Il dritto, nei suoi scopi etici sempre lo stesso e sempre rivolto contro l'usurpazione delle cupidigie egoistiche si rivela a seconda dei gradi di cultura in cui prende forza, e si inspira e si allarga mercè le invenzioni, per cui la società umana rialza e aumenta i mezzi dei suoi scopi. Si paragoni, per esempio, il dritto dei popoli nomadi, agricoli e commercianti, e la differenza si rivela nei loro peculiari indirizzi. Inoltre non bisogna perdere di vista, nella loro influenza che esercitano sulla formazione del dritto 1) i progressi economici, i quali come sviluppo della signoria umana sulla natura e come uno scambio aumentato del soccorso e del prodotto umano hanno un grande significato etico. Si noti a mo' d' esempio l' invenzione della moneta e della scrittura nei loro effetti sulla formazione del dritto nel suo oggetto e nelle sue forme: parti intere del nostro dritto si poggiano sulla loro base, o si rendono possibili soltanto mercè una combinazione d'entrambi, come n' è esempio il drittó cambiario. Così il dritto, uno e lo stesso nella sua sorgente, diviene nello sviluppo della storia molteplice e vario.

Il dritto quando, difende e protegge il suo concetto secondo la moralità realizzata, è conservativo nella sua essenza interna e la sua scienza essenzialmente storica. All' opposto nella do-

---

1) Risc. le osservazioni istruttive e le ricerche di G. Arnold, propriamente: *Recht und Wirthschaft nach geschichtlicher Ansicht* 1863. *Cultur und Rechtsleben.* 1865 pag. 60 e seg. pag. 89 e seg.

Digitized by Google

manda, quale cosa sia etica, quale cosa quindi sia da proteggere e da promuovere, esso diviene filosofico ed etico; e in tale rapporto la nozione deve distinguere ciò, che nelle date leggi e nelle circostanze presupposte dei costumi è solo condizionalmente giusto da ciò che è giusto assolutamente, e sta al di sopra di ogni presupposto; e la legislazione deve, pari passo coi costumi, riferire il giusto condizionale al giusto assoluto. Noi estendiamo la giustizia condizionata fin dove lo scopo interno, sebbene in se invariabile, produce leggi mutabili secondo le circostanze del tempo; fin dove il dritto imperante non è certamente separato dai pensieri etici, come intimi impulsi, ma si procaccia, come nello sviluppo morfologico, organi speciali che ponno cambiarsi secondo il cambiamento delle circostanze e del tempo.

Livio (XXXIV, 6) in un discorso per l'abolizione della *lex Oppia* contro il lussuoso adornarsi delle donne dice: *Quas tempora aliqua desiderarunt leges, mortales (ut ita dicam) et temporibus ipsis mutabiles esse video. Quae in pace latae sunt, plerumque bellum abrogat; quae in bello, pax; ut in navis administratione alia in secundam, alia in adversam tempestatem usui sunt.*

Il diritto nel suo più intimo concetto è di natura conservativa: ma la sua forza conservatrice progredisce collo sviluppo della moralità. Non di rado, è verò, il concetto razionale del dritto ha a vile lo storico, e lo storico al contrario il razionale. Eppure questa opposizione deriva dalla loro unità; perciocchè l'uomo è un ente storico, e quindi cittadino della storia, e vive la sua vita umana sol come una vita del genere, sol come membro della storia radicato nel fondo di un lavorio spirituale, che accoglie e prosegue nelle seguenti generazioni. Su ciò poggia la sua qualità caratteristica, e perciò il suo riflesso storico si rende sotto tutti i lati importante. Nondimeno la considerazione puramente istorica rende valida dappertutto ed anche nel dritto solo ciò che è attualmente riguardato come un passato, per cui promuove l'esistente colla sola ragione del passato. La considerazione puramente razionale all'incontro esige solamente il dritto come idea, senza curarsi dell'esi-

Digitized by Google

stente. Quella è rigida e questa è astratta. La profonda comprensione filosofica consiste nel cogliere il razionale su ciascun grado istorico e secondo lo stato dello sviluppo e nell' indirizzarlo all' ultimo grado del più grande sviluppo delle idee che lo informano. In questo senso la considerazione storica del dritto dev' essere combinata colla razionale, e la razionale colla istorica.

Ann. 1. La più grande opposizione di dritto si rivela fra i popoli nomadi e i popoli agricoli. In quanto il dritto dei popoli nomadi è la conservazione del loro grado di moralità, esso vieta ciò, che ai popoli agricoli si rivela quale condizione della loro prosperità, e che viene quindi protetto dal dritto di questi popoli. Ciò fu rimarcato fin dagli antichi. Diodoro di Sicilia (XIX, 94, risc. Ammian. Marcell. XIV, 4) riferisce dei Nabatei dell' Arabia petrosa: « Le loro leggi proibiscono di seminare il grano, di piantarvi ogni cosa che porti frutto, di bere il vino » (la vigna renderebbe stabile) e di costruir case, pena per chi vi trasgredisca la morte. L' origine di questa legge stà nella credenza che chi possedesse di proprio una data cosa, sarebbe facilmente costretto dai più potenti a sottomettersi ai loro comandi ». Nell'Arabia petrosa la natura del suolo che è povera e disadatta all' agricoltura, e sol debolmente garentita negli sparsi casi, è divenuta l'etica del popolo, che cercò libertà e indipendenza. Secondo il concetto arabo anche oggi è giustamente nobile e libero colui, che può trasferire ogni proprietà con se e col suo gregge nei profondi deserti, dove nessun vincitore lo può seguire. Secondo il giudizio dei Beduini l'agricoltura, e quindi pure la coltura delle viti, è al di sotto della dignità di un arabo veramente nobile 1). Le leggi proibitive garentiscono ciò che a quel popolo vale come essenza conservatrice della morale. Il passaggio dalla caccia e dalla vita nomade all'agricoltura è per un popolo il più difficile ma anche il più significante indizio di sua civilizzazione 2). L'uomo ottiene la sua messe dal suolo, dalle stagioni e dal clima, soltanto regolandosi alle loro leggi. Quind'ei deve studiare la natura, come già ci mostrano le Opere e i Giorni di Esiodo; la sua ragione diviene più esperta; col lavoro si accresce la sua forza in-

1) Risc. I. D. Michaelis, Dritto mosaico. 3.ª Ediz. 1799. IV. §. 190. pag. 85. e i viaggiatori ivi recatisi, specialmente Karsheu, Niebuhr.

2) Risc. T. Waitz, Anthropologie der Naturvölker. 1859. I. pag. 433, e seg.

Digitized by Google

ventiva, ed entra così nell' armonia della creazione. Colla proprietà immobiliare la proprietà si divide più marcatamente nella nazione, e l'uomo si abitua alle cose stabili e durevoli. Le leggi divengono necessità. Il popolo d' Israele, vissuto in vita nomade, si dedica in Canaan all'agricoltura dopo ciò che ha veduto e imparato nell'Egitto; e in questo momento nasce il dritto mosaico. Le missioni cercano di portare il vomero unitamente al vangelo fra le orde selvagge, per esempio ai negri delle coste occidentali dell' Africa. Il nostro dritto poggia sul presupposto di questo grado di civilizzazione, come ce lo mostra l' opposizione delle nostre leggi con quelle strane dei Nabatei. Mentre l'agricoltura attacca al suolo, il commercio allontana da esso, e stringe i popoli in reciproche relazioni, da cui nasce, a garenzia dei fini comuni, il diritto internazionale. I popoli nomadi vivono in una maniera patriarcale; gli agricoli racchiudono in se elementi aristocratici, ed i popoli dediti al commercio hanno una tendenza alle istituzioni democratiche.

2. Sarà opportuno inoltre di mostrare mercè esempi storici come un dritto riposi sul concetto etico di uno scopo interno, e ne abbia in mira la garenzia, sempre però subordinato al grado dello sviluppo dell'epoca. A ciò si mostra eminentemente adatto il dritto mosaico designato nel Pentateuco.

Il carattere proprio e storico della legge mosaica parte da pochi ma grandi pensieri fondamentali, e poggia su di un solo ed unico centro. Esso è la fede nel Signore, il Dio del cielo e della terra, e la sua promessa alla stirpe di Abramo. Il legislatore trovò questa fede nel suo popolo, questa coscienza etica, onde la sua legislazione è la conservazione e lo sviluppo di questo principio. Quindi questa legge non è una legge puramente civile. Dio n'è l'autore e il promulgatore, e la costituzione del popolo giudaico è teocratica, in quanto che questa legge divina dura immutabile per tutti i secoli. Onde gli stessi re devono sottoporsi, e non possono menomamente allontanarsi dalle leggi una volta date, di cui essi devono avere sempre mai una copia innanzi agli occhi 1). Come legge divina, essa penetra nel più intimo della moralità, e la legge del dritto coercitivo sta accanto alla legge del comando etico imposto dal

1) I. L. Saalschütz, *das mosaische Recht nebst den vervollstandigenden thalmudisch-rabbinischen Bestimmungen*. 2. Ediz. 1853. pag. 17. pag. 79.

Digitized by Google

timore del Signore. La moralità ha un carattere giuridico in quanto che il comando etico viene ingiunto mercè il timore del Dio geloso,che punisce l'idolatria fin nella terza e quarta generazione.

La fede in Jehova e la promessa alla stirpe di Abramo è dappertutto e tacitamente il suo punto di vista. Donde nasce l'intento di tenere Israele lungi dalla morale egiziana e dalla sua ricordanza, e di isolarlo dai popoli della terra di Kanaan. Dallo sterminio comandato delle tribù del paese (5 Mos. VII, 1-4), dall'inimicizia imposta contro esse, dalla distruzione dei loro altari (5 Mos. XII, 2) fino alle leggi sui cibi, che prescrivono quali animali possono essere mangiati e quali no e raffermano la primitiva moralità della tribù, il punto di vista, di conservare cioè nella lontananza salda la fede nel popolo, ne costituisce lo scopo informativo (3 Mos.XX, 24 seg. 5 Mos. XIV, 2,3,21) 1). Il culto dell'unico e vero Dio è il primo e l'ultimo dovere. Ogni dritto dev'essere infine rivolto a tale scopo. 2 Mos. XX, 2: « Io sono il Signore,Dio tuo, che ti ho fatto uscire dall'Egitto, dalla terra del servaggio; tu non devi avere altro Dio innanzi a me ». Mercè il patto di Jehova con Israele l'idolatria, eticamente considerata è una infedeltà coniugale : « Voi non dovete fornicare dietro altri Dei ». 5 Mos. XXXI 16, e, considerata civilmente , un tradimento contro stato e popolo, che riposano su questa fede. Quindi per l'idolatria (5. Mos. XVII, 2) e per la seduzione all'abbandono del vero Dio (5 Mos. XIII, 6) c'è la morte per lapidazione; perciocchè devi sbarazzarti di quel malvaggio che fa ciò che è male agli occhi del Signore, Dio tuo, e che abbandona il suo patto; e se un'intera città si rende colpevole d'idolatria , gli abitanti devono essere uccisi , come per dritto di guerra , e la città, con tutto ciò che vi è dentro, dev'essere bruciata, quale olocausto (5 Mos. XIII, 13). Nell'istesso senso sono proibiti i sacrifizi umani, quali se ne facevano a Moloch, (3 Mos. XVIII, 21. 5 Mos.XII,31) ed è proibita ogni superstizione idolatra, come i maghi e gl'indovini. La fede in Dio deve dominare da sola. (5 Mos. XVIII. 9). « Quando tu vieni nella terra che a te darà il signore Dio tuo , tu non devi imparare a commettere gli orrori di questi popoli ; che non si trovi in mezzo a te chi faccia passare pel fuoco il figlio o la figlia , nè l'indovino , nè il pronosticatore, nè l'augure, nè l'incantatore, nè il mago, ma sii integro innanzi al signore, Dio tuo ». L'interpetrazione del fenomeno, quando bisogna riconoscere l'assoluta volontà di Dio, con-

1) I. D. Michaelis, *mosaisches Recht* 3.ª Ediz. 1799, IV, pag, 193 e seg.

Digitized by Google

traddice alla fede nel Dio, che ha fatto il cielo e la terra. La superstizione, che naturalmente nasce dagli affetti dell' uomo naturale, è condannata in tutte le forme, in cui essa dominò il mondo greco, romano e in parte anche il cristiano. In ciò si mostra il grande merito della legge mosaica. In Isaia (Cap. 47, vers : 13) è anche esposta la nullità della scienza astrologica dei Caldei: » i contemplatori delle stelle, che calcolano secondo la luna ciò che a te toccherà in sorte. « Questo tratto fondamentale di una coscienza così profonda compenetra tutto per quanto uomini deboli e forsennati se ne allontanino. Nella legge stessa non vi sono che pochi casi, come ad esempio il sacrifizio di gelosia (3 Mos. V, 15) che viene imposto come un giudizio di Dio, quando una moglie è sospetta d'infedeltà, che contraddice a questo pensiero fondamentale e che è da riguardarsi come una eccezione. Quantunque la redazione della legislazione contenuta nel Deutoronomio, da cui è tolto il passo sopra citato, probabilmente appartenga ai tempi fra Ezechia e Giosia, quindi circa fra gli anni 710 e 610 avanti Cristo 1): pure il divieto di una tale superstizione non è una proclamazione di un tempo posteriore, ma la conseguenza originaria del pensiero fondamentale. Il rigoroso intelletto, che soggiogando l' eccitata fantasia, riferisce la moltitudine dei fenomeni ad Una origine, ad Un Dio e alla neeessità di Una volontà, l'istesso intelletto respinge la credenza nel fato. Ciò è già detto nel 3 Mos. XX, 27 con molta severità : « Se un uomo od una donna sarà indovino o pronosticatore, essi devono morire; li si deve lapidare». Dall'istesso punto di vista dell' obbedienza al vero Dio, da questo pensiero fondamentale della morale, che nel dritto tende alla conservazione di *se* stesso e alla forza, ne deriva il severo comandamento, che vuol santificato il sabbato, e le severe pene stabilite per chi lo viola. (2. Mos. XXXI, 14, 16. XXXV, 2.). Dall'istesso principio deriva il comando dei sacrifizî e dei voti, e specialmente dei sacrifizî, i quali, come sacrifizî espiatori, servono a serbare saldo il pensiero e la confidenza del popolo in Dio ed a purificare e rinvigorire il sentimento morale, poichè essi si presentano colà appunto, dove il comando è trasgredito, senza però che ne segua alcuna pena civile 2). Dall'istesso principio ne deriva il significato delle leggi sui

1) Bleek, *Einleitung in das alte Testament*. 2. Ediz. 1865. pag. 305.
2) Michaelis, *mosaisches Recht*. 3. Ediz: 1803. V. §. 244. pag. 94 e seg.

Digitized by Google

sacerdoti. Ciò che è richiesto per lo stato sacerdotale, lo è in servigio e secondo lo spirito del vero Iddio, e non tutti i doni possono essere accettati come nel 5 Mos. XXIII, 18: « non recar dentro alla casa del Signore, Dio tuo, per alcun voto il guadagno della meretrice, nè il prezzo del cane; poichè entrambe queste cose sono un abbominio pel Signore, Dio tuo ec., cioè a dire la lussuria, come si praticava persino nei tempî in onore e a vantaggio di falsi dei; e poichè il prezzo del cane designa un guadagno che fa presupporre il vizio della pederastia (risc. κύνες Apocalisse. XXII, 15).

L'impronta speciale, che assunse la fede in Jehova presso il popolo israelita, fu la promessa nella stirpe di Abramo, il popolo eletto di Dio: donde l'austero indirizzo alla scrupolosa purezza della famiglia. Fede e santità di famiglia erano una cosa. Per l'impudicizia di una vergine viene comminata dalla legge la pena di morte, e la morte per lapidazione (5. Mos. XXI, 18 e seg.). I piaceri della carne contro natura, il dolce vizio dei pagani, sono condannati (3. Mos. XVIII, 23.) riscon. la lettera ai Romani I, 26 e seg.; e per l'adulterio c'è anche la morte. I contratti matrimoniali coi vicini parenti di sangue sono strettamente proibiti (3. Mos. XVIII). E in ciò si mostra una cura delicata pel matrimonio. In nessuna legislazione si riscontra in questo rapporto un sentimento sì delicato e profondo della morale, in niun luogo dei riguardi così puri; ed ancor oggi la determinazione del grado di parentela, come impedimento del matrimonio, sta a fondamento del dritto cristiano. In connessione colla suddetta fede il fanciullo neonato è inviolabile; ed in opposizione al sistema greco e romano l'esposizione dei fanciulli è un delitto (Tacito, hist. V, 5). Il legame di famiglia è fortemente stretto e severo talchè contro i figli disubbidienti la legge pronunzia la morte (5. XXI, 18 e seg.), ed in questa severità prende radice l'ossequio ai genitori.

L'istesso dritto di possesso immobiliare si annoda alla fede del popolo; la Palestina è un feudo di Jehova concesso ad Abramo 1). « Non vendansi le terre assolutamente, conciosiacchè la terra sia mia; perciocchè voi siete forestieri, e fittaiuoli appresso di me » (3. Mos. XXV, 23). Ogni tribù ha il suo proprio e circoscritto dominio, ed i beni di ciascuna famiglia possono essere al più ven-

1) Roscher, *System der Volkwirthschaft.* II. 1861. § 101. pag. 266.

Digitized by Google

duti e ipotecati per 50 anni, fino al nuovo Giubbileo. Il pensiero fondamentale del giubbileo, che profitta anche all'ebreo divenuto schiavo, è di prevenire la durevole ed oppressiva disuguaglianza di fortuna e di libertà. E se questa legge venne presto in disuso 1), o per lo meno decadde dai tempi di Salomone 2), vi influirono riguardi economici — poichè la compra della terra a tempo non avvantaggia il reddito — e la tendenza dell'uomo all'assoluta proprietà.

Nei motivi, che si trovano aggiunti alle leggi, riluce in mille modi lo spirito istesso, la fede nel Dio uno e lo spirito istorico della famiglia. Così, nonostante l'isolamento in cui il popolo giudaico fu tenuto, dicesi pure in un senso ampio (3. Mos. XXIV, 22): « fra voi ci ha da essere un dritto unico, sì per lo straniero che per l'indigeno, poichè io sono il signore, Dio vostro »; e più oltre il popolo fu ricordato ad imparare dalla propria e dura esperienza come si dovessero trattare i forestieri « poichè anche voi siete stati stranieri nell'Egitto » (2. Mos. XXII. 21. 5 Mos. X, 19), e a riguardare in Dio, il Signore sopra tutti i signori, la giustizia a tutti eguale: la qual cosa dovrebb'essere della umana, ma spesso non lo è; poichè egli solo è » un Dio grande, potente e terribile, che non bada a persona, e non accetta dono ». (5. Mas. X, 17).

Si scorga da questo breve quadro l'unità del pensiero fondamentale, intorno a cui si muove e al cui sviluppo e guarentigia nella vita tende il dritto mosaico. In esso è passato col tempo sol ciò che al grado dello sviluppo storico apparteneva; e nessuna legislazione, neppure la romana, ha tanto merito rispetto al sentimento del diritto nei popoli colti, quanto la mosaica. I dieci comandamenti, dati da più di tremil'anni ad un piccolo popolo, formano ancor oggi per milioni e milioni, ovunque vi sono giudei e cristiani, l'identica coscienza della giustizia e dell'ingiustizia, e s'impongono fin nell'Islam. Dal breve ma chiaro Decalago, che il popolo s'imprime nella mente come il suo ῥῆτρα, che racchiude molto in poche parole, esso impara a comprendere insieme il dritto, la morale, e quindi la morale e la fede nel Dio unico come una sol cosa; donde il suo adagio « per volere di Dio e del dritto » è l'espressione del suo più profondo sentimento.

---

1) I. D. Michaelis, *mosaisches Recht*. 3. Ediz. 1793. II. § 76. pag. 68 e seg.

2) Ewald, *Geschichte des Volks Israel bis Cristus. Die Alterthümer. Anhang zum zweiten Bande*. 1848, pag. 390.

Digitized by Google

3. Il dritto feudale tedesco al tempo dello Specchio Sassone si presenta come un altro esempio tratto dalla storia del dritto 1). Allora un solo pensiero compenetrava simmetricamente il tutto, poichè in quel tempo il dritto feudale consisteva nella vergine forza civile dell'uomo, che non ha ancora fatto il suo tempo; esso è il pensiero che presuppone il fido servizio nei cavalieri di sangue, si esercita nelle nobili virtù del valore e della giustizia, nel guidare un esercito e una corte, annoda il legame *reciproco* della fiducia fra signore e vassallo sopra stabile suolo, ed estende su tutto il paese mercè una determinata diramazione l'obbedienza cavalleresca del vassallo al signore e del signore al signore supremo, che impronta la personale nobiltà e franchezza d'animo nelle forme e nelle basi del giudizio feudale, e persino in ciò che nelle azioni nessuna legge scritta vale a sciogliere dalla personale responsabilità della parola o dell'azione. Tutte le forme di questo dritto sono determinate dal pensiero fondamentale, dalla guarentigia del reciproco e cavalleresco dovere feudale: e quando questo pensiero si mostra in opposizione cogli alti scopi (per esempio se il giudice è impegnato in un giudizio feudale non solo contro il signore, ma ancora contro il più alto potere giudiziale), il dritto sa trovare una giusta limitazione e il componimento del conflitto (§ 47) 2).

Per quanto sia considerevole ed attraente il sentimento etico che sta a fondamento del dritto feudale di questo tempo, pur chiaro si scorge quant'esso dipenda dal grado del progresso del tempo. La fede alla bandiera su sangue e stirpe non è necessaria per se. E man mano che lo stato si amplia e in se accoglie ciò che gli appartiene, il duce supremo prende sotto l'immediato suo potere la costituzione dell'esercito fino all'ultimo uomo; lo stato esercita il suo dritto più generalmente e lascia cadere i tribunali vassalli sotto la giurisdizione dei suoi tribunali ordinari; l'ordine della società diviene più sicuro, ed il signore può giovare al vassallo meno che per lo passato; le naturali radici del dritto feudale vengono isterilendo; poichè la fida obbedienza vien sentita come una servitù, la dipendenza personale come un prezzo non adeguato di compra e di usufrutto, e l'intero rapporto sociale come una debi-

1) Risc. Homeyer's *schöne Darstellung im Sistem der Lehnrechts Rechtsbücher* 1844, e specialmente nella chiusa pag. 627 e seg.

2) Risc. Homeyer pag. 541 e 546.

Digitized by Google

litazione della personalità e della proprietà, specialmente per l'incalcolabile imposizione del laudemio. In tal modo nel dritto feudale si fe sentire l'esigenza di un altro principio, che annunziava e faceva presentire la sua caduta. E il nuovo dritto convalidò lo scopo etico che si racchiudeva nei vari momenti di transizione.

4. Noi presenteremo, a maggiore dilucidazione, ancora un esempio del conflitto fra il nuovo e il vecchio dritto, cercando di ricavarne il pensiero etico fondamentale che vi si racchiude.

Lo Specchio Sassone ricorda un' antica consuetudine, e il suo dritto, che pervenne a grande considerazione e valore nella sua terra natia, contiene la nozione popolare del concetto etico. Dopo la metà del secolo XIV dal seno della Chiesa si sollevò un'opposizione a certi articoli che in se racchiudevano più o meno certe prescrizioni. Giovanni Klenkok, monaco agostiniano, nel suo Decadicon li sottòpose alla censura della Santa Sede, e Gregorio XI condannò gli articoli denunziati dal 14° al 21° in una bolla del 1374. (1 Klenkok si fonda di rado su motivi generali o sul pensiero del dritto naturale, ma, per quanto è possibile, sul dritto mosaico e sul canonico; e spesso egli deduce con artifici scolastici e con sofismi da passi staccati dal Nuovo Testamento, come se l'Evangelo fosse un codice. Però in tutto ciò vi si rivelano sovente bassi motivi, combattendo egli tutto ciò che si oppone al potere spirituale o rende più difficile l' arricchimento della Chiesa. Così ad esempio egli attacca violentemente la legge (Specchio Sassone I, 23): « il prete divide coi suoi fratelli, ma non il monaco », affinchè i chiostri ereditassero, o, com'ei dice, l'eredità non fosse sottratta ai poverelli. E questo è il pensiero che generalmente informa le sue censure. Il Papa approvò l' accennato disposto, ma ne condannò altri che Klenkok aveva presentati, senza indicarne però motivi speciali. Onde noi dobbiamo guardare una tale censura con molta circospezione, e porre in quarantena tutti gli apparenti motivi che la inspirarono, poichè l'ambizione e l' utile proprio potettero avervi influito. Ad ogni modo però lo Specchio Sassone rappresenta in un grado eminente la morale in varî indirizzi ed in un punto di vista

1) Risc. Homeyer. *Iohannes Klenkok wider den Sachsenspiegel* Dissertazioni filosofiche e storiche della R. Accademia delle Scienze di Berlino 1855; specialmente pag. 386 e seg. pag. 411 e seg. M. Giov. Klenkok, *decadicon contra errores Speculi Sexonici* nella *bibliotheca historica Goettingensis* 1. Par. 1758, pag 63 e seg.

Digitized by Google

universale di fronte ad altri più circoscritti. Sotto tale aspetto un confronto è istruttivo ed utile.

Nello Specchio Sassone (I, 15. I, 18) fu ritenuto come un dritto proprio dei Sassoni: « che per tutti i contratti non stipulati in giudizio, per quanto fossero notorî, il convenuto potesse liberarsi mercè un giuramento d' innocenza (il solo ammesso pel convenuto), contro cui non valeva testimonianza di sorta». Poichè ad ogni Sassone per tutti i contratti estragiudiziali è riserbato di dritto il giuramento decisorio, contro di cui nessuna testimonianza ha valore, ciò include una fede generale nella parola e nel timor di Dio di ogni Sassone, perciocchè senza di essa un tal diritto non avrebbe potuto aver origine nè mantenersi. Ad ogni modo però un tale diritto è una tentazione per i colpevoli a commettere per loro discolpa uno spergiuro. Quindi ei fu un vero progresso, se la bolla papale disapprovò l' articolo , e richiese che si avesse a ricorrere sempre e solamente alla convinzione per testimoni.

Nei giudizii di Dio certamente decide una superstizione, la quale non ha luogo nei tribunali; ma l'elemento religioso , che se pur scontorto , è compreso nella superstizione — per esempio la fede nella giustizia divina — spinge i superstiziosi a riguardarla come cosa morale. Il Papa distrusse questa falsa apparenza, e condannò in accordo col dritto canonico questi giudizî di Dio ammessi dallo Specchio Sassone. In questo si dice (I, 39) : » Coloro che hanno perduto il loro dritto per rapina o per furto» (quindi anche il dritto del giuramento decisorio) « se vengono accusati un altra volta di furto o di rapina, non possono con loro giuramento essere assolti, ma hanno tre vie da scegliere , di trasportare il ferro rovente , o d' immergere il braccio fino al gomito in una caldaia di acqua bollente, o di difendersi mercè il duello. » Il papa condannò quest'articolo; contro di cui Klenkok applicò , come nel dritto canonico , il detto di Cristo: « tu non devi tentare Dio, tuo signore » dimostrando di essere impossibile un tale esame , perchè riposto su cose contrarie alle leggi di natura, come ad esempio che il ferro rovente potesse non bruciare. Inoltre il Papa condannò il duello per colpa e discolpa (Specchio Sassone I, 63), cui si ricorreva quando uno si querelava che altri *gli avesse rotto il patto di pace e fatta violenza.* Nella consuetudine germanica di un tale duello riposa una confidenza sulla forza vincitrice, che dà il sentimento del dritto, ed il pensiero generale che l'uomo basta a difendere da se il suo dritto. Entrambe queste cose furono sentite come morali, e ciò dette

Digitized by Google

durata alla consuetudine. Ma il Papa, che riprovò quest'articolo ed un altro simile (I, 48) nel senso del dritto canonico, condannò la forza fisica nel dritto canonico, quel resto della propria difesa che in esso si manifestava, e la contraddizione in cui era il successo di un combattimento colla pruova di un fatto. E tanto più a ragione il Papa condannò un altro articolo, difficile a comprendersi, il quale cercava nel combattimento un giudizio legale diverso da quello pronunziato dal giudice (I, 18. risc. II, 12). «Il terzo dritto (proprio dei Sassoni) è questo: che qualora un Sassone non voglia riconoscere come giusta la sentenza ottenuta dal tribunale, e la sprezzi e preferisca di alzar la sua mano diritta (pel duello), o di combattere in numero di sette contro sette in opposizione alla sentenza; quel numero che avrà vinto, quello avrà ottenuto (guadagnato) la sentenza.»

Klenkok non vede in ciò che il dritto del più forte che può abbattere il più debole e il pericolo che un giudizio uniforme al vangelo possa essere convertito in un giudizio contro fede e dritto ed infrangere ogni legge del principe.

Se due persone con eguali ragioni ripetono l'istessa cosa, la legge sassone ne riconosce il dritto (III, 21) attenendosi alla maggioranza dei testimoni dei villaggi circostanti. «La testimonianza sarà data dagli abitanti residenti nel villaggio stesso e nei circonvicini: e chi ha per se la maggioranza dei testimoni, ritenga per se la cosa». In un senso analogo nel tribunale degli Scabini decide la maggioranza dei voti. II, 12. «Se uno dei litiganti si oppone alla sentenza e ne chiede un'altra, quello dei due che ha maggior seguito (cioè a dire colui al quale assente la maggioranza degli altri scabini od anche degli uomini liberi che vi assistono), quello ottiene (guadagna) la sentenza». Klenkok vede in ciò, particolarmente nell' ultima frase, sol la maggioranza dei voti a fondamento del giudizio popolare, la quale cosa contraddice al comandamento di Mosè, 2, XXIII, 2, ed è una immoralità inglese e tedesca. In questo modo Cristo sarebbe stato crocifisso anche con ragione, perchè la più parte dei giudei gridava: «crocifiggetelo». Lo Specchio Sassone attribuisce alle informazioni dirette agli abitanti una eguale fede in ogni testimonianza, e nella sentenza la stessa fede in ciascuno Scabino; quindi dalla maggioranza di numero trae la forza ed il rispetto che deve avere ogni sentenza legale. La bolla riprovò la maggioranza dei voti, probabilmente nel presupposto contrario, ma non accenna per qual criterio si debba decidere.

Digitized by Google

Altri articoli riguardano il matrimonio.Lo Specchio Sassone prescrive (I, 37): « chi avendo violata una maritata od una nubile, la toglie in seguito in matrimonio, non avrà per legittimi i figli nati da essa » e più oltre: « se qualcuno toglie in matrimonio dopo la morte del marito una donna, con cui sarà stato in palese commercio adulterino , non avrà giammai per legittimi i figli nati da lei ». Secondo il sentimento morale dei Sassoni non deve da una tale empietà derivare un risultato che faccia riconoscere il dritto come coniugale ; ed il susseguente matrimonio deve, come seguito della prima empietà, non far entrare nel dritto gli stessi figli. Queste conseguenze devono mantenere nella coscienza del popolo lo stupro e l' adulterio come un grave delitto marchiato dal civile disonore. La bolla rigettò questi pronunziati ; e in questi accennati casi , in cui secondo il dritto canonico (alla cui giurisdizione il matrimonio appartiene) è concesso il matrimonio, il sacramento matrimoniale acquista la piena efficacia civile. Con ciò è garentito il concetto del matrimonio , e si cerca di favorire la donna *violata* (per quanto è possibile una riparazione del torto usatele) e gl'innocenti figli; perchè altrimenti questi dovrebbero espiare la colpa del padre o dei genitori per tutta la vita.

Altri punti riguardono la proprietà. Nello Specchio Sassone vien prescritto (I, 6): « che l'erede non è in dovere di rispettare la cosa rubata, la rapina e il denaro guadagnato al giuoco ».Questo pronunziato è conseguenza di un'altra legge (II,17): « il figlio non risponde pel padre, se questi muore, di ciò che egli ha commesso d' ingiusto (di delittuoso) ». L' uomo è mallevadore di se stesso e non d'altri; e con ciò è soddisfatto il libero sentimento dell'uomo, il quale non risponde che delle proprie azioni e non garentisce che se solamente. E se il Papa rigettò la legge, che l'erede non sia in dovere di rispondere del furto e della rapina , in ciò delineò la differenza nel suo valore etico fra la pena e il risarcimento dei danni. Il dritto garentisce le cose od il loro risarcimento al proprietario, anche là, dove colui che le toglie illegalmente, non può più risponderne personalmente : quindi l' erede non acquista i beni illegalmente appropriatisi dal padre.

Lo Specchio Sassone ordina (I, 52): « Senza il permesso dell'erede e senza un pronunziato legittimo (senza giudizio) nessuno può disporre della sua proprietà di beni stabili nè dei suoi servi ». Se egli ne dispone senza un giudizio legale e senza permesso degli eredi, « questi potranno venire in possesso di tali beni per sentenza di tri-

Digitized by Google

bunale, come se fosse già morto quegli che ne dispose senza averne il dritto ». E più oltre : » Di tutti i beni mobili l'uomo può sempre disporre senza il permesso degli eredi, e può donare o prestare ogni bene per quanto e fino a quando voglia, sempre che egli sia ancora in tanta forza, che cinto di spada ed armato di scudo, possa senza aiuto di alcuno che gli tenga il cavallo o la staffa scendere da un cavallo, che stesse sopra di un sasso, o simile, alto un braccio. Se non è più in forza di farlo, egli non potrà disporre dei suoi beni mobili o lasciarli o prestarli ad altri, sì da privarne colui cui spetterebbero dopo la sua morte. Nella prima disposizione lo Specchio Sassone, ponendo un freno all'arbitrio del possessore, volle garentire i dritti della famiglia, la quale è basata sui beni stabili, e prescrisse la forma solenne dei tribunali per maggiore garenzia degli eredi e per un più sicuro credito nella società: mentre la seconda disposizione vincola la facoltà di disporre dei beni mobili per farne regalo, lascito, o prestito, alla forzadegli anni in cui l'uomo trovasi pienamente autorizzato, ad una risoluzione compiuta nella pienezza della sanità,e quindi prevenendo il caso che l'ammalato o l'infiacchito dalla vecchiaia agisca sconsideratamente o sia soperchiato. Entrambe queste disposizioni mirano a proteggere lo scopo interno della proprietà.L'abrogazione delle condizioni prescritte, che limitano specialmente l'ultima volontà, effettua nel senso del dritto romano il più stretto concetto del proprietario come *dominus*, concede al padre di famiglia fino al momento della morte la possibilità di cure individuali e aumenta la possibilità di un traffico più desto che avvantaggi la propria industria. Queste determinazioni col corso del tempo hanno ceduto agli scopi interni di una natura più comprensiva ed etica, meno i casi in cui i tribunali l'autorizzano. Non pertanto i moventi che si presentano nel Decadicon di Klenkok hanno poco di comune con un tale fondamento. È vero bensì che furono addotti dei motivi etici, ad esempio, che il figlio, qual'erede, dovendo dare il suo permesso all' alienazione, era messo secondo un tale dritto al di sopra del padre ; ma dietro a queste scene vi giuoca ben altro. Perciocchè si espone in seguito come mediante tali condizioni che limitavano la volontà del datore, erano impedite le donazioni alle chiese, i cui beni appartengono ai poveri, impedite le opere di carità, a cui l' individuo è particolarmente disposto nella malattia, e quindi ne avveniva una discordia fra il consiglio del confessore e il dritto civile: talchè la condanna di questa proposizione fu richiesta nell'interesse della

Digitized by Google

chiesa. Nondimeno l'interessato movente di questo attacco non può valere come base della vittoria, ma deve invece cercarsi nella natura stessa delle cose. Quindi avvenne ciò che era indis, ansabile, cioè che dal XIII secolo, mercè l'urgenza del commercio, che trovò valido appoggio nel dritto romano, divennero regole di possesso provvedimenti sempre più larghi e progressivi.

In altri punti, in cui il Papa cercava di difendere il potere spirituale dagli attacchi dello Specchio Sassone, ei venne battuto; e la indipendenza Sassone si affermò contro l' usurpazione del papa in tre articoli , che la bolla condannava: « Il Papa può scomunicare l'imperatore solo in tre casi, se si mostra incerto nella fede,se abbandona la sua legittima moglie, o se distrugge la casa di Dio » (Specchio Sassone III, 57): « La scomunica nuoce all'anima, e non tocca il corpo, nè offende alcuno nei diritti civili e feudali , a meno che non sia seguita dal bando del re (III, 63): Finalmente : « il Papa non può stabilire alcun dritto che possa offendere il nostro dritto nazionale e feudale » (I, 3). Klenkok infuriò contro tali disposizioni ribelli e seducenti, che ponevano in dispregio la parola di Cristo: tu sei Kephas, ossia tu sei il capo (?); e il papa le condannò. Però la indipendenza Sassone, manifestasi per tempo in questi articoli, proseguì audace la sua via, e la Sassonia divenne ben presto il paese della riforma contro il potere papale.

In tal guisa si vede chiaro nel dritto una lotta riguardo al pensiero etico. Il sentimento morale che si assodò nel dritto antico, può essere stato più limitato, più unilaterale, più torbido ed eccedente i suoi limiti, ma esso era in fondo di una natura etica o almeno si fece valere come tale nella coscienza delle società legali. La Chiesa rappresentò contro ad esso negl'indirizzi, che erano generalmente riconosciuti,(e sol di ciò qui si tratta) pensieri più comprensivi e spirituali, che purificarono, limarono, e svilupparono il dritto. Appena che essi, unitamente all'influenza che esercitò il dritto romano, penetrarono nei diritti civili , l' organamento etico prese maggior sviluppo e il dritto garentì questo organamento sviluppato.

5. Uno sguardo sull'agricoltura nazionale potrà spiegarci la connessione dell' economia col pensiero fondamentale del dritto. Coll'agricoltura comincia l' assiduo lavoro , il nutrimento guadagnato dalla terra , e quindi l' onore del lavoro , come dice Esiodo nelle fatiche e nei giorni (V. 309): « il lavoro non è mai vergogna; ma è vergogna il fuggire il lavoro ». Quindi il dritto protegge le con-

Digitized by Google

dizioni che agevolano questo scopo. Al cominciare della storia il vincolo etico del tutto predomina nel possesso territoriale sugli scopi economici, i quali a poco a poco riconoscono i loro mezzi e li fanno valere. Probabilmente l' agricoltura , specialmente in Germania e negli Scandinavi del Nord , sorse unitamente alla società agricola. Similmente ciò è da ritenersi nei tempi antichi , come specialmente notò Maine nelle Indie riguardo ai beni comuni secondo che riferisce la tradizione 1). Cesare scrive dei Germani (*Bell. Gall* IV, 1): *privati ac separati agri apud eos nihil est.* Il campo, come nelle Indie, è proprietà comune di tutti, e non privata proprietà degl'individui. Tracce di questo stato originario rimasero in parecchie contrade della Germania fino quasi agli ultimi tempi 2). In questa rappresentazione del dritto domina il tutto della società, in cui gl'individui non hanno che una parte, e trova la sua espressione un pensiero fondamentale della morale. Se d' anno in anno singoli pezzi di terra furono separati dalla proprietà comune e conferiti a sorte all' economia privata, in ciò fu riconosciuto la sociale eguaglianza dei soci. Ma l'impulso di sciogliere più compiutamente l'intento dell'agricoltura menò all' opposto di questo ordine primitivo di possedere in comune. Secondo il sorteggio annuale (*arva per annos mutant.* Tacito, *German.* c. 26) la coltura dei campi non poteva esser che imperfetta; poichè nessun progetto pel seguito della economia poteva promuovere od aumentare la fertilità, ed in un tal mutamento, che ancor si mostra come un resto della vita nomade, la vita stazionata non è ancor raggiunta. Quindi un nuovo rapporto si formò necessariamente, come tale difetto fu sentito. Accanto al coltivato si lasciano dei prati; e gli stessi campi coltivati vengono regolati in modo, che ogni anno, alternando, una parte sia coltivata con seminazione vernile, una seconda con seme estivo, e la terza, dopo arata, rimanga maggese. Questo primitivo modo di coltivazione da molto tempo diffuso, e riconosciuto fin da Esiodo, oggi si chiama l'economia triennale. Il suo effetto immediato fu che il sorteggio dei campi fu fatto non più annualmente, ma ogni tre anni; finchè il pregiudizio, che produceva il frequente cambiamento di possesso pel provvento, fu più chiaramente riconosciuto e quindi il

1) H. S. Maine, *ancient law.* 2.ª Ediz. 1863. pag. 285 e seg.

2) Hanssen , *die Gehöftschaften im Regierungsbezirk Trier.* Trattato della facoltà filosofica ed istorica nella memoria dell' Accademia delle scienze in Berlino. 1863 pag. 258 e seg.

Digitized by Google

sorteggio più raramente ripetuto. Dahlmann ha conghietturato che la proprietà privata nacque da questi lunghi intervalli, in cui gl'istessi campi rimanevano nelle stesse mani ; finchè il sorteggio , sempre più raramente ripetuto , fu da ultimo abbandonato 1). Un tal passaggio positivo alla proprietà privata avvenne probabilmente senza un disposto della società , poichè ciò , che da principio avvenne per una tal quale necessità, acquistò poi tacitamente la riconoscenza generale, massimamente perchè un sorteggio non sempre offriva la speranza di un campo migliore. Quando una tale trasformazione si compie in un popolo, i termini divengono sacri e il dritto garentisce più profondamente di prima i limiti distintivi. Ma non raramente negli altri indirizzi della vita campestre rimane una ricordanza dello stato primitivo della proprietà comune nella antica comunanza della marca e del campo; come n'è esempio il dritto del pascolo comune sui campi, se questi non sono coltivati, e specialmente il così detto pascolo di maggese e di stoppia, non che il dritto di accesso ai luoghi di pascolo (dritto di pascolo). Questi dritti, che comparvero al momento del possesso privato come aggravi e soggezioni dei beni stabili (servitù) , rivelano l' antica comunanza del tutto. Mercè la separazione dei campi diviene possibile una coltivazione più fruttifera,e specialmente la coltivazione per cambiamento di semi, potendo vari semi sull' istesso fondo essere gittati successivamente in modo, che per la fertilità del dato fondo si alternino opportunamente e in conformità della loro natura. Se una tale accurata economia rurale dell' individuo, secondo la qualità del suolo e del clima per cui si ottiene un provvento maggiore , si vuol rendere possibile, bisogna che si accordi al possessore una facoltà illimitata. Quindi l' esclusiva proprietà privata è condizione indispensabile di questo grado superiore di economia. La storia dell'agricoltura passa per questi stadî, e in ciascuno di essi il dritto garentisce le condizioni per cui l'economia nazionale esegue il suo compito con maggior sicurtà e pienezza. Il compimento maggiore del lavoro e la sicurtà delle sue condizioni è il pensiero etico,che passa per questo processo come scopo interno. Certamente lo sviluppo giunge all'opposto di ciò da cui comincia.La stabile proprietà privata, derivata dalla proprietà comune, agisce persino ostilmente contro al pensiero della comunanza e di una certa eguaglianza dei possessori, che era di base

1) Dahlmann, Storia danese. III, pag. 82.

Digitized by Google

al dritto primitivo ; e può convertirsi perfino in egoismo. Laonde, similmente che in ogni elemento individuale, fa d'uopo anche nella proprietà di un contrappeso da parte del tutto, il quale bisogna ricercare in altri indirizzi 1).

Questi esempi ponno bastare a dimostrare come a base dello sviluppo storico del dritto, fatta eccezione dei fatti violenti, vi sono in ogni grado pensieri etici, che il dritto garentisce ed effettua, lor procacciando un campo sicuro di azione. La ricerca filosofica della storia del dritto dovrà scovrirli come cause motrici di un valore etico maggiore o minore. Si vedrà quindi che non raramente, come ad esempio nel dritto agrario, nella economia finanziaria si fanno valere speciali scopi per se stessi autorizzati con tale prepotenza, che minacciano l'universale. Allora fa d'uopo di nuove forme, per ristabilire e garentire l'armonia; poichè è legge fondamentale, che ogni dritto, che appartiene all' individuo e per scopi speciali derivi dal nobile e bramato Afforzamento, operi salutarmente anche nel senso del Tutto, e non infranga l'Organamento, ma anzi lo serva ed agevoli Dove un rapporto nocivo si manifesti o ingrandisca, colà mancherà al dritto positivo l'ultimo suo pregio etico.

§ 49. Il dritto positivo (legale) nasce là, dove il dritto viene riconosciuto dal Tutto. La forza del dritto è la forza del Tutto etico: laonde non si può far valere come dritto se non ciò soltanto che è riconosciuto (sanzionato) dal Tutto, cioè il dritto *formale*. Se il dritto consuetudinario, incontrastato nell'uso comune, racchiude in se stesso questo riconoscimento; la legge all' incontro viene sanzionata soltanto mercè la sua forma esterna e mercè il giudizio reso noto e valido dai giudici competenti. Astrazion fatta dal contenuto, il riconoscimento del dritto (in quanto esso è forza etica sol come emanazione esterna della sua origine legale) forma l'idea del dritto formale, il quale, « base della libertà » condiziona il più sicuro campo della società e la stabilità dello sviluppo etico. I dritti acquisiti (*iura quaesita*) sono sotto l' istessa protezione del dritto

1) Vedi per l'elemento individuale Roscher, *System der Volkswirthschaft.* 2, Vol. 3ª Ediz. 1861. § 27, § 28. § 71. § 85.

Digitized by Google

formale e su di questo fondati. Il dritto formale delle leggi e i dritti acquisiti dei singoli sussistono e si reggono insieme. Le violazioni del dritto formale da parte degl'individui sono l'effetto del libero arbitrio, ed in grandi proporzioni sono il sintomo di rivoluzione. Quando il dritto non ha il suo giusto contenuto, bisogna darglielo, portandolo alla riconoscenza, in guisa che esso diventi dritto formal, e ne formi a tal uopo gli organi adequati. Ma solamente il dritto formale ha valore.

Ciò che in una società è dritto formale, può mediante un altro dritto formale essere abrogato e cangiato nella legislazione conformemente alla sua costituzione. Ei può quindi avvenire che la nuova legge, ora divenuta dritto formale, contraddica alle azioni protette dalla vecchia legge. Ma questa legge non potrà mai pretendere che la volontà operante sotto la protezione del dritto formale precedente, diventi poi colpevole, ovvero che un tale atto della volontà possa essere oppugnato, sebbene cessino i suoi precedenti effetti; imperocchè la legge parla alla volontà, e per ciò non può esigere un effetto, se non dove esso sia riconosciuto dalla volontà. Del resto, dove il dritto si sviluppa e non spezza violentemente il legame, può essere una considerazione etica il vedere come la nuova legge debba conciliarsi colla vecchia; poichè è un' attività etica del dritto di dar sostegno alla libertà individuale, proteggendo certi punti determinati, che sono sotto la garenzia del tutto, pei progetti e i calcoli, per le azioni e le speranze senza di cui non vi sarebbe progresso umano. Se quindi la nuova legge reagisca senza transazione, può avvenire che quella proficua efficacia venga sturbata e tolta la fede al dritto, che in un tale caso, in vece di mantenere la sua parola, sembrerebbe di volerla eludere.

Per garentire il dritto formale è regola costante e giusta, di annullare le leggi speciali, quando non abbiano più a valere, non con un tratto generale, ma nominandole espressamente e tassativamente. Se per esempio alcune leggi divengono inefficaci mercè un paragrafo di disposizioni generali, bisogna inoltre che questo accenni nominatamente alle varie leggi colpite. Il procedere diversamente produce nel popolo concetti mal sicuri del dritto e nei giudizii un'applicazione discordante.

Digitized by Google

Ann Il dritto formale, *ius formale*, non si chiama formale, come la logica, in opposizione alla materia del suo contenuto, ma invece in quanto che la forma esterna, come presso Giusto Möser 1), del dritto positivo si mostra in opposizione del dritto nudamente pensato, nell'istesso modo che per Spinoza l'essenza formale delle cose è contrapposta alla forma nuda del pensiero (ethi: II, 9 *esse formale rerum, quae modi non sunt cogitandi*). Nell'istesso senso si chiamano « formali » le parole di una scrittura pubblica (*verba concepta*).

§ 50. La misura dell' Ingiustizia nasce naturalmente dalla stessa determinazione della nozione del dritto. In generale si dice ingiusto ciò che per se o nelle sue conseguenze contraddice alla conservazione della morale, ed alla sua sostanza ed attività; e nel senso positivo ciò che viola le leggi che tutelano questa sostanza. Secondo i rapporti propri dell' etica può contraddire al dritto o la volontà colle sue tendenze, o l'azione col suo contenuto, o entrambe insieme. L'ingiustizia è solo ideale e non riconoscibile esteriormente, se nel primo caso dalla volontà rea non è seguita alcun'azione che contraddica al dritto. In tal caso essa rimane fuori della giurisdizione del dritto, preso nel senso più stretto della parola. Nel secondo caso è presupposto che l' autore nella sua intenzione voglia il dritto, ma che l'azione col contenuto del suo scopo o della sua efficacia contraddica al dritto. Questa specie d' ingiustizia, che in special modo si presenta nella procedura civile, si chiama ingiustizia non voluta. Nel terzo caso, della ingiustizia criminosa, che s'estende dall'inavvertenza al crimine, si presenta l'egoismo del male che perturba e stravolge l' ordine giuridico (§ 42), e può mercè la sua intenzione immanente divenire la sorgente di ripetuta ingiustizia. Questa distinzione è necessaria nella repressione legale dell' ingiustizia.

Il dritto nella sua applicazione, e specialmente nelle sue forme, (similmente all'attuazione di qualsiasi idea, che passando per certi mezzi e strumenti speciali, può avere una falsa applicazione) può avere effetti indiretti, da cui deve premunirsi per non produrre esso stesso una ingiustizia.

---

1) Opere di F. Iakobi II. pag. 366.

Digitized by Google

Se il procedimento viene scientemente adoperato nell' intenzione di convertire il dritto in una ingiustizia, per molestare l' innocente e per soperchiare il dritto stesso; ne nascerà così l'ingiustizia del cavillo, sia esso rivolto contro la persona,sia contro il diritto. Esso ha principalmente la sua brutta natura nell'arte di rivolgere ostilmente con scienza e volontà la forma del dritto contro al suo contenuto, e di cangiare la forma protettrice in una forma nociva e molesta. Nel processo criminale la *calumnia* dei Romani si rivolge mercè false accuse immediatamente contro la persona, mediatamente contro il dritto; laddove la *praevaricatio*, la quale, accusando, giuoca coll'accusato nascostamente, si rivolge in favore della persona e immediatamente contro il dritto. Inoltre se le forme che il dritto ritrova e prescrive per garentire il contenuto della volontà, pongono maggiormente in pericolo il contenuto del dritto in circostanze imprevedute, poichè il loro adempimento è impossibile o solo in parte possibile, ne verrà per conseguenza mercè un dritto molto severo, una ingiustizia. Il dritto che ha la sua forza nella forma, ha pure nella forma i suoi talloni d'Achille. L'ingiustizia che è fuori i limiti della malvagità è l' ingiustizia non voluta del dritto, il quale cerca perciò di rimediarvi mercè le istituzioni dell'equità (§ 83).

Ann. L'ingiustizia non voluta è opposta all'ingiustizia dolosa. Fra loro sta l'inavvertenza, la quale direttamente non volle l'ingiustizia, ma indirettamente lasciò commetterla, mentre poteva prevenirla, e come tale può comparire un grado,per quanto infimo, di una ingiustizia voluta, perchè già contraria alla volontà. Hegel ha chiamata ingenua l'ingiustizia che ha luogo nella procedura civile (*Filosofia del Dritto* § 83 e seg.); ma l'espressione ha trovata non senza ragione scarsa accoglienza (R. Ihering, *das Schuldmoment in römischen Privatrecht.* Lavoro di solennità. 1867. pag. 5 e seg). Il concetto dell' ingiustizia non voluta è stato copiato dall' ἄδικον ἀκούσιον (presso Aristotile *eth. Nicom.* V. 10. pag. 1135 a 20, similmente che presso Demostene).

§ 51. Quanto abbiamo detto basta a dichiarare la nozione del dritto: la partizione di ciò che essa comprende serve a completarla. Secondo la partizione del Tutto, in cui ogni parte

Digitized by Google

trova il suo posto determinato e ciascuna in rapporto colle altre, il dritto si è diviso principalmente in dritto pubblico e dritto privato; e si è più tardi, come fece Kant, suddiviso il dritto pubblico in dritto internazionale e in dritto costituzionale, e in quest'ultimo si è accolto anche il dritto penale. Poichè intanto il Tutto penetra in tutti gli ordini del dritto, così i limiti fra dritto pubblico e dritto privato e specialmente fra dritto penale e dritto civile sono stati variamente e mutabilmente determinati a seconda delle varie legislazioni. Il dritto pubblico comprende il dritto privato, in quanto che il Dritto emana *dal Tutto* (§ 40.45.46);e la loro connessione è certamente più *intima* che non la contrassegni Bacone colle parole: *ius privatum sub tutela iuris pubblici latet* 1). Una base alla ripartizione, secondo le materie che costituiscono le sfere del dritto, può offrircela il quadro costruttivo dei rapporti di dritto (§ 84 e seg.), che noi non vogliamo anticipare.

La ripartizione della giustizia secondo Aristotile è stata istoricamente di un grande significato per la ripartizione del dritto: ed è stata messa a fondamento anche da Leibniz 2). Aristotile riferisce la nozione della giustizia, nel senso più stretto della parola, alla natura di una proporzione (*Eth., Nic.* V, 4 e seg.); e quindi la ripartisce, secondo la proporzione geometrica o aritmetica, in giustizia distributiva ed in giustizia retributiva (*iustitia distributiva* e *correctiva* 3); di cui quella compartisce onore o autorità o beni a seconda della misura del merito; e questa adegua il più e il meno, l'utile e il danno a seconda della differenza nel traffico. Secondo la connessione totale quella diviene la giustizia politica, poichè lo stato misura le proprie largizioni nel senso della sua costituzione; e questa la giustizia del giudice civile. Quindi questa divisione può supplire la divisione in *ius publicum* e *ius privatum*. Onde se il dritto penale viene ascritto alla giustizia retributiva, la intera posizione di Aristotile si rileva come il tipo

1) *De augmentis scient.* VIII. *aphorism.* 3.

2) Vedi il discorso posto innanzi al *codex iuris gentium diplomatici* 1693.

3) Το δίκαιον το διανεμητικόν e τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν.

Digitized by Google

della dottrina dei giuristi romani sulla *obligatio ex delicto*: ma nè la opinione di considerare la giustizia punitiva sol come un affare d' interesse privato può reggere, nè il dritto penale si può lasciar limitare da una retribuzione del più e del meno. Ciò che concerne la proporzione aritmetica, come essenza della giustizia retributiva nel commercio, ha il suo posto soltanto là, dove il contratto è la norma dell' affare legale, e contiene ciò che dev'essere prestato, come misura del più e del meno. Se però si fa un passo indietro, e si domanda se le determinazioni del contratto sono giuste; si tratta allora di una misura di comune valore delle prestazioni e contraprestazioni, e si produce una proporzione geometrica (V. Arist.*eth. Nic.* V. 8). Bisogna quindi notare di passaggio come la essenza della giustizia originale sia la proporzione geometrica (τὸ κατ' ἀξίαν), e che la proporzione aritmetica nella giustizia retributiva serva solamente a ristabilirla. In fatti la proporzione costante fra doveri e dritti è il pensiero fondamentale della giustizia nell'organamento dello stato,e la stessa proporzione fra lavoro e guadagno sarebbe da desiderare nel dritto privato; ma il valore di mercato rende l' esponente talmente mutabile, che ne deriva in pratica una continua differenza.

Ann. Ulpiano, dig. I, 1, 4. *Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*

Aristotile (V.le *historische Beiträge zur Philosophie* dell'autore. 3. Par. 1867. p. 399 e seg.) sulla determinazione della nozione e la partizione della giustizia.

Digitized by Google

B. *Lato fisico del Dritto. — La Coazione.*

§ 52. Noi disignammo la coazione come il lato fisico della legge (§ 6.) ; poichè è la causa efficiente , di cui la legge si avvale nella sua attuazione.

Prima di considerare i modi speciali , con cui il dritto adopera la forza fisica per riaffermarsi eticamente , sarà utile di esaminare generalmente le condizioni , per cui la legge può consolidarsi. Oltre alla coazione, di cui la legge dispone, oltre alla pena per la trasgressione, vi sono altre forze che muovono la volontà , e possono determinare una legge e riaffermarla.

Quando una legge corrisponde alle condizioni della natura in guisa , che la trasgressione si punisce da se naturalmente e nelle sue proprie conseguenze, (come fanno le leggi sul matrimonio, la legge agraria e le determinazioni sull'età per la maggiorità, le quali sono fondate sulla stessa natura), si avranno le basi fisiche della legge; per cui le conseguenze immediate della trasgressione sono sentite dal trasgressore , senza che punto intervenga la legge.

Altre determinazioni giuridiche sono prodotte dalle leggi psicologiche. A queste appartiene propriamente la forza dell'abitudine, poggiando sulla necessaria e potente associazione delle idee , che assegna alle nostre rappresentazioni la via più diretta. In ciò pone radice la forza storica delle vecchie leggi , cioè la forza del dritto consuetudinario almeno in una parte , poichè nell' altra poggia certamente sulla circostanza, di esser nato cioè da una comprensione semplice di rapporti morali , o di essersi ormai rapporti effettivi accomodati a tali leggi antiche Spesso avviene che questa forza della consuetudine continua al di là della durata delle leggi , formando un costume per se stesso forte; come avvenne dell' abolizione della nobiltà nella rivoluzione francese.

Una terza determinazione, derivante dal principio etico , riposa sulla opinione pubblica. L'uomo per sua propria natura sente piacere, sapendo di essere guardato con piacere, dagli altri e di goderé la pubblica stima ; come all'opposto soffre e

Digitized by Google

s' affanna nel sapersi pubblicamente disistimato. E da ciò nasce la forza del giudizio altrui, dell' opinione pubblica. Quest' efficacia vien sorretta dall' influenza con cui il giudizio altrui nel traffico e nel commercio rendesi sensibile anche mercè vantaggi o svantaggi estranei. Quando la legge è approvata dalla opinione pubblica, trova in questa un forte sostegno; quando invece è contrariata, la legge può esser vinta ad onta di tutta la forza esterna; come ad esempio non raramente avviene nel costume dei Corsi riguardo alla sanguinosa vendetta, e in quello germanico del duello, e in talune circostanze nei delitti politici.

Finalmente la legge cerca un consolidamento nella fede o nella superstizione. La religione, come sentimento, è il più profondo affetto dell' uomo col più grande contenuto. Nella sua forza sull'animo essa, come superstizione, è timore e speranza, che destata dal caso, governa l'animo secondo la legge dell'associazione delle idee; ma, come fede, è timore e speranza spinti da pensieri divini. In entrambi i casi essa è sorretta e rafforzata da comunità religiose. Ove quindi la legge sa fondersi colla fede e colla superstizione, essa può acquistare una forza la quale supera lo stesso amore della vita. Come la superstizione pagana s' è immischiata nel dritto lo vediamo presso i Greci e presso i Romani, particolarmente presso questi ultimi. Si confronti, ad es., le *res sanctae* o la pena della maledizione. Quando il dritto Sassone determina i giorni della settimana destinati ad una pace continua, esso li consacra nella rimembranza della Storia Sacra (II, § 66). L' idea religiosa è la più affine al dritto penale, e l'elemento sacro vien specialmente riconosciuto nel periodo più antico del dritto penale romano (risc. Liv. II, 8). La legislazione teocratica degli Ebrei riveste i suoi comandamenti del timore del Signore, il quale ha fatto il cielo e la terra; e la legislazione maumettana la riveste di fanatismo. Così il sentimento religioso, geloso di non essere trasgredito, tutela e rafforza la legge.

Da queste potenze motrici della volontà la legge invero può essere protetta; ma può venir anche ostacolata. Senza dubbio essa diverrà oltremodo forte, quando sarà sorretta da tutti

Digitized by Google

questi lati. Ma può esser dovere della legge di opporsi da principio a qualcuno di essi per indi tirarlo a se. Alle leggi fisiche, qualora sien tali, si sottomette anche il principio etico, benchè colla tendenza di formarne la sua base; e la stessa morte diventa occasione ad istituzioni etiche di cautela (Testamento, Assicurazioni). Ma una lotta del dritto contr' una legge puramente fisica non potrà reggere a lungo andare; e la forza della consuetudine non può decidere. La nuova legge nella coscienza di cose migliori deve infrangere la consuetudine e sperare di superarne la resistenza. Inoltre la legge è destinata di opporsi all'occasione alla opinione pubblica e di disprezzare la forza della superstizione. Lo spirito morale etico della legge potrà solamente reggere a questa lotta molteplice, quando alla fine a se collega la consuetudine migliore unitamente alla pubblica opinione, e trovi la più alta e la più profonda conferma nella Coscienza, in cui risiede la fiducia in Dio.

E in qual modo la legge vince questa resistenza insieme all'utile proprio ed all'egoismo, che le si oppongono? Principalmente mercè il timore, per quell'istesso timore che nella superstizione rende idiota il popolo, e che agisce tirannicamente negli uomini, ma che ora si pone al servizio del giusto.

Nell'uomo, il cui impulso fondamentale è la propria conservazione, il timore è il più generale e il più certo di tutti gli affetti. Esso invero viene comunemente messo allo stesso livello della speranza, ed entrambi sono affetti umani fondamentali, in quanto che mercè il pensiero preveggente della immediata attualità essi si slanciano nel futuro, determinano la volontà e sono le ultime e spesso ascose leve delle determinazioni. Alle volte anche la speranza è adoperata dalla legge; ma essa si forma, quantunque certe volte generalmente, pure sovente così individualmente, che per lo più nella lotta degli uomini la speranza degli uni è in opposizione colla speranza degli altri. Quindi il timore è più generale; ed in una fortezza assediata, in una città incendiata, nella guerra tutti temono la stessa diminuzione dell'esistenza, ma desiderano e sperano cose diverse ed opposte. Nel tempo stesso il timore è più certo. Il debole si lascia sedurre dalla speranza, ma il forte istesso è sopraf-

Digitized by Google

fatto dal timore. Onde avviene che anche nelle istituzioni del dritto privato, il timore è produttivo di effetti giuridci. Per esempio nel dritto cambiario il cresciuto credito personale, la fiducia del pronto pagamento è dipendente dall' abbandono del timore: io mi fido di te, perchè so che temi l' arresto personale. Il dritto penale fonda l'obbedienza sul timore.

Questo timore è la briglia e il freno, che lo stato adopera a domare e guidare l'uomo naturale, il quale è spinto al male dall'istinto della vita egoistica (§ 37). Aristotile, il quale non conosce la nuova e seducente teoria, che l' uomo sia buono di natura, lo chiama, ponendolo fuori della legge, l'animale più perverso e feroce (*polit.* I, 2. p. 1253 a. 31). Epitetto dice: se vuoi essere buono, credi prima di essere cattivo. Agostino e Kant, Macchiavelli e Federico il grande, che per altro nelle loro vedute vanno diametralmente opposti, i filosofi e i politici tutti sono d'accordo nel dire l'uomo malvaggio per natura. Onde il timore lo deve guidare, ed allo scopo di governarlo vale la parola di Spinoza: « il volgo fa paura, quando non ha paura » *(terret vulgus, nisi metuat).*

Mercè il timore la legge costringe esteriormente l' individuo ad accogliere determinati limiti nel corso della sua fantasia e dei suoi desideri ed a muoversi solamente fra essi; finchè lo spirito, prima avvezzato solo esteriormente, si riconosca alla fine colla propria ragione nella ragione interna delle cose, e in essa viva, da se stesso desiderando ciò che la legge impone. Il dritto si comporta coi suoi mezzi esterni eticamente, e la pruova indiretta logicamente. Mentre questa dimostra che il possibile, che potrebb' essere altra cosa che il vero, specialmente quanto entra nella conseguenza della realtà, è impossibile; il dritto coi suoi mezzi di coazione tende a ciò che il libero, il quale potrebbe essere altra cosa che il morale, specialmente quando entra nella conseguenza della realtà, venga sentito come non libero. La pruova indiretta, sebbene negativa nel suo andamento, esiste in virtù del positivo e del vero; all' istesso modo che la coazione della legge, quantunque nel suo corso solamente limitatrice, esiste pure in virtù del libero e del buono, che essa tutela e conserva.

Digitized by Google

Ma vi ha pure un'altra possibilità. La trasgressione della legge è evitata; ma non si è fatto il bene: invece si è cercata una via di uscita, o tutto al più si è fatto un conto egoistico colla pena. In simili casi la pruova indiretta non è rigorosa.

Se pertanto domandiamo come una legge possa divenire efficace, noi cerchiamo principalmente di sapere, come secondo date circostanze l' uomo naturale coi suoi desideri e col suo egoismo si uniformi alla legge e con essa si accomodi. Infine è necessario di tener sempre sott'occhio il punto, in cui la coazione della legge s'incontra colla sua misura e coi suoi mezzi, e la propria conservazione dell' individuo colle sue tendenze e coi ritrovati della sua astuzia. Possano a ciò servire alcuni esempi. Se per l'usura son comminate pene pecuniarie, l'egoismo fa i suoi conti con esse. Per compensare le multe da lui pagate nei casi puniti, l' usuraio accresce l' usura nei casi che rimangono non scoverti ed impuniti, e la pena diventa impotente. Nell' istesso modo l' egoismo fa il suo conto colle leggi doganali. Il controbbandiere non conosce alcun guadagno legittimo e però neppure economia; come un ladro, ei vive sotto la passione del momento, lottando per libertà e vita. Se il dazio è alto, il mestiere è lucrativo, e se basso, non trova il suo conto. Le leggi colle loro pene sono come le alte rive tra le quali il fiume scorre in curvi meandri, quando non può inondarle. La cupidigia della vita individuale s' insinua fra i limiti delle leggi con destrezza, e li sormonta quando ne trova il tornaconto. Gl'individui tendono costantemente a trarre dalle leggi il maggior vantaggio possibile, od almeno a porsi con esse in rapporto tale che loro arrechino il minimo possibile svantaggio. Ond'è che le migliori leggi sono quelle che tracciano i limiti giuridici uniformemente ai limiti imposti dalla morale, ai quali la vita individuale tranquilla e volenterosa si abitua. Le leggi, designando le linee limitatrici in fra le quali si muovono le facoltà e le azioni dei singoli, danno alla vita una forma, che in sul principio è solamente esterna; poichè la propria e vera forma della vita si effettua in fra queste linee limitatrici mercè le tendenze morali, e le leggi nascono dall' impulso morale di garentire ciò che è di già formato.

Digitized by Google

Il dritto acquista la sua forza mediante l' infallibile conseguenza della pena, in cui riposa la maestà della legge, che pur esistendo per il tutto e per l' individuo, si effettua senza l' individuo ed anche a dispetto di lui.

Così il dritto nel senso di una abitudine indiretta aiuta ad elevare l' uomo al bene della volontà. Esso mentre punisce la viltà nel dritto militare, modera la sfrenatezza nelle leggi matrimoniali; castiga l' ira nel suo irrompere ingiusto; punisce la menzogna nelle sue esternazioni egoistiche, come ad esempio negli oltraggi e nei delitti, nella frode e nello spergiuro; ritiene l' avarizia quale ingiustizia, e rende perfino la prodigalità senza credito. In tutte queste tendenze negative parla però sempre lo spirito positivo, casto e prode, moderato e veritiero, giusto ed elevato, che la società richiede e riconosce come suo proprio spirito. Però vi sono sempre dei vizii, a cui la legge non può ovviare: essi sono i vizii della moralità individuale, la cui cura compete all' individuo come tale. Ma senza questa manifestazione positiva delle leggi contro l' immoralità l' educazione non potrebbe progredire, e senza l'educazione all'inverso la legislazione si fermerebbe a mezza strada; imperciocchè la buona volontà non nasce, ma si acquista lottando contro le umane cupidigie. Il pensiero ragionevole, come Pensiero, non basta a ciò da solo; esso per se solo apparisce come una meteora fuggente nel cielo, e dee cedere ai desiderii, agli affetti, alle forze terrene, finchè nella perseverante lotta non gli riesca di trarne una forza per se. L' educazione fa sì, che l' uomo impari a sentire e ad apprezzare mercè la ragione il freddo pensiero che insegna a riflettere; mentre il timore generale innanzi alla legge dà campo alla ragione in ogni individuo di potersi consolidare.

Il dritto coattivo, come ogni altro effetto fisico, si rivela immediatamente solo nell' individuo e si compie solo negli uomini come singoli; ma come esempio, come un caso che la regola generale presenta alla contemplazione, ha rispetto alla società una efficacia generale; e quest'effetto mediato vince in forza etica l' immediato, che nei singoli casi si effettua nei singoli uomini.

Il significato positivo della limitazione e del moderame,

Digitized by Google

che la legge esercita, fa sì che nell' individuo e nel tutto tale forza divenga libera per quanto è possibile, creando ed agevolando i fini umani. Se nel proverbio una volta si dice: *homo homini lupus*, e poi *homo homini Deus*, rimane nel dritto penale l' obbligo morale di combattere quel lupo rapace nella comunità, e di rendere possibile e libera l'opera divina che l'uomo può prestare all' uomo.

In tal modo il dritto procede nel suo lato fisico, come qualsiasi educazione, direttamente contro l'uomo naturale, per quindi liberare negl' individui e nella comunità l' uomo spirituale dagl' impacci e prepararne lo sviluppo. Nata dalla potenza etica della comunità la coazione del dritto agisce per lo spirito etico della medesima. Quindi di ogni dritto razionale si può dire nel senso più lato che la legge sia il secondino della libertà. Lettera ai Romani XII, 3: Se non vuoi metterti paura dell'autorità, opera il bene.

La morale superiorità di un individuo ha per segni caratteristici l' interno rispetto al dovere e al dritto. Il sentimento del rispetto è un sentimento etico, in cui il piacere della contemplazione di ciò che è morale si fonde col sentimeuto dell'obbedienza. Nel rispetto alla legge riposa un tratto di timore, se il rispetto vien misurato dall'amor proprio che pregiudica; ma se vien misurato dal piacere di un destino più elevato, esso racchiude una vera attrattiva. Poichè il piacere vince il timore dell' amor proprio, così il rispetto è la più alta disposizione dell' animo. L' efficacia che la legge esercita mercè il timore è solamente il principio negativo, per cui l' amor proprio vien costretto alla sottomissione; ma se nella legge si uniscono la forza e la ragione, essa promuoverà la libera riconoscenza della stima. Nel rispetto, che è diverso dalla pura obbedienza, riposa il riconoscimento della legge come potenza morale. La legge ci potrebbe violentare, ma non lo fa, poichè la sua volontà ragionevole è la nostra.

La venerazione della legge suprema opera più profondamente che il rispetto alla legge razionale. Quando la forza, inculcando timore, desta altresì amore nell' obbediente, quando la legge severa è altresì savia e la savia è severa, nasce il sentimento

Digitized by Google

morale della riverenza, e il timore si cangia in piena fiducia. La legge raggiunge nel popolo la più potente efficacia etica, quando promuove questa riverenza, la quale nel suo ultimo fondamento poggia sul pensiero divino.

Ann. Kant, *Kritik der practischen Vernunft.* 1788. pag. 126 e seg., particolarmente pag. 137 sul rispetto alla legge morale pag. 142: « il rispetto alla legge è la coscienza di una libera sottomissione della volontà alla legge, però unita ad una inevitabile coazione che viene annessa a tutte le azioni secondo la propria ragione. »

§ 53. La forza fisica del dritto (§ 45) deriva dal suo scopo etico, all' istesso modo che in tutte le cose organiche la forza di coesione è inerente al tutto, determinato dallo scopo interno (§ 19). La nozione del dritto coattivo è fondata nel tutto della comunanza, in quanto essa rappresenta la moralità realizzata nel tutto e negl'individui. Nella coscienza della libertà reale, raggiunta nel tutto (§ 43), la coazione opera solamente contro l' arbitrio, come falsa libertà, e secondo la misura degli scopi interni che bisogna tutelare. La coazione, rivolta contro l' ingiusto, ha un differente significato secondo i gradi dell' ingiustizia (§ 50) nella procedura civile e nel dritto penale.

La dottrina che considera la società atomisticamente cerca il dritto di punire originariamente nell'individuo leso, e solamente per vie indirette lo attribuisce al tutto (Cris. Wolf); ovvero regola generalmente la pena analogamente ad una pena convenzionale derivata da un contratto: « se io fo ciò, voglio ciò patire » (*Beccaria dei delitti e delle pene* 1764 vedi § 12). Simili contratti, che non sono mai esistiti, si ponno lasciare da banda.

Invano si fa derivare il dritto coercitivo dall' individuo leso, dalla passione dell' uomo naturale, quantunque essa si rivolga contro la volontà violatrice. La difesa non è punizione. È un contrassegno della progredente moralità del popolo e del dritto comune che si fa strada in una coscienza più avvanzata, che la legge respinga il resto della difesa privata, sia combattendo la vendetta di sangue, che negando la facoltà che anche nel dritto romano compete al marito di punire l' adultero, o abolendo

Digitized by Google

la facoltà, che ha ancora valor di dritto nel principio del secolo XVI, di sequestrare di propria autorità il debitore per « un debito notorio, onesto e innegabile ».

La difesa privata deve concedersi solamente in una misura ristretta, come per es. nel dritto di ritenzione, come difesa dalla violenza reale, per non pregiudicare l'avante dritto del vantaggio del possesso di fatto. Se è necessario di rinunziare alla difesa privata la ragione pur stà in ciò, che la protezione della personalità individuale è imperfetta ed insufficiente, e che la difesa privata abbandonerebbe il dritto alle circostanze eventuali, potendo la prepotenza non essere da parte del leso 1). L' origine del dritto reale riposa nella forza del tutto etico (§ 45, 46); e quindi solamente nel tutto che s'eleva al di sopra degli individui può esservi una coazione adequata. La propria difesa, sgradevole e sproporzionata, subentra al dritto a tutti eguale, e svezza gli animi dal sentimento del dritto, allora soltanto che il dritto comune perde forza e dignità nella coscienza di un popolo. La forza per se non è dritto, ma il dritto dev'essere forza; se pure non si voglia porre nelle idee astratte.

Sebbene possa sorprendere che nella storia del dritto romano ultimamente si sia dischiuso 2) mercè una dotta supposizione un nuovo periodo, cioè un periodo anti-romano, in cui domina l' energica volontà subbiettiva tutrice e vindice del dritto, e contraddistinto mercè il carattere della difesa privata, cioè dal contrario dell'idea del dritto; pure in questa novella rappresentazione v' è nascosa l' idea del dritto universale; poichè in questo periodo la così detta difesa privata doveva essere riconosciuta tale dagli altri, e garentita mercè i *testes*. Una tale forma del dritto è da riguardarsi come passaggio dalla difesa privata al dritto universale ad essa opposto.

La forma etica, simile ad ogni conoscenza, comincia con ciò

---

1) Puchta, Pandette, 7.ª Ediz. 1853 § 80 pag. 121.

2) Rodolfo Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung*. 1.ª Par. Lipsia 1852, pag. 103 e seg. 2.ª Ediz. 1866, pag. 118 e seg.

Digitized by Google

che a noi è più vicino e che per propria forza è la prima a brillare al pensiero dell' individuo ; ed è quasi un lavorio dell' idea , quello di partire dal punto opposto , da cui a poco a poco penetra nella coscienza , e fa valere la sua forza. Or la propria difesa, che è affine alla vendetta , muove l' ira , come se fosse la sua legge ; e non è che dopo lungo tempo e grande prudenza che la sottomette alla legge del tutto.

Quindi vediamo nella storia del dritto penale delle forme intermedie, le quali sono destinate ad elevare la vendetta e la difesa personale nel campo sereno del dritto , a questo rannodandosi e soddisfacendo fino ad un certo punto. Sono questi dei tentativi onde apprezzare l'uomo naturale, e in tal guisa rialzarlo al di sopra di se stesso. A ciò si riferiscono nella legge mosaica le disposizioni sui vendicatori di sangue (Gioe. 4. Mosè XXXV), nelle quali si manifesta il passaggio dalla vendetta di famiglia alla dignità del dritto. Presso gli antichi Germani secondo Tacito *German.* (c. 21) l' omicidio veniva espiato mercè un determinato numero di bestiame, e così mercè questo compenso visibile la famiglia era risarcita del subìto danno. A ciò si rannoda la multa che venne più tardi pagata in vantaggio del leso. Il risarcimento alla vendetta personale ha nel dritto penale l' istessa origine che la paura. L' elemento sacerdotale nelle religioni antiche e la Chiesa nel cristianesimo hanno in particolar modo il merito di avere assunta la protezione del reo contro la vendetta individuale : ma solamente più tardi potenti principi fecero valere la forza del dritto contro la difesa individuale; solo più tardi lor riescì di porre riparo al dritto di guerra privata del Medio-Evo, che sempre ricompariva, e d'istituire uno stabile contrappeso alla privata difesa.

§ 54. Nella Procedura Civile si presuppone che le parti non d' accordo sul diritto, pur lo reclamino ognuna per se. In questo caso l' azione, che è contraria al dritto, non è ingiusta nella volontà dell' attore , ma solamente col suo contenuto e scopo come cosa. Quindi basta la sentenza del giudice per tutelarla: e la coazione, se è necessaria, ha luogo soltanto acciocchè avvenga ciò che alla cosa è conforme.

Nella osservanza volontaria o nella esecuzione del giudizio la

Digitized by Google

forza diventa una sol cosa col diritto, e il suo principio etico vien conservato.

§ 55. Nel Dritto Penale la coazione si rivolge non solo contro l'azione col suo contenuto lesivo del dritto, come fatto esterno; ma principalmente, come vera origine dell' ingiustizia (§ 50), contro la volontà in quanto essa ha preso parte nell'azione.

La volontà riconosce l' azione illegale come sua, e sè in essa come causa. Quindi la causalità della volontà offensiva del dritto è Colpa. Dove il pensiero cosciente, senza di cui non v'ha volontà nel senso vero della parola, non ancora esiste, come nei fanciulli, o più non esiste, come nel mentecatto, o dove è impossibile una conoscenza interiore del dritto, ivi non vi è colpa e quindi neppure incriminazione.

Il diritto imputabile comprende la volontà sciolta dalle circostanze esterne, e poggiata sopra di se uniformemente alla sua più intima natura e alla propria determinazione, di cui è capace mercè il suo pensiero (§ 43). La responsabilità degl' individui innanzi al dritto ha una esigenza etica: e la possibilità di doversi giustificare innanzi alla legge del suo fare o non fare si eleva silenziosa e sicura su tutti, ed aguzza in ognuno la riflessione e la considerazione delle proprie azioni.

La nozione della colpa nel senso giuridico è la unità della causalità colla volontà cosciente di essa. Dove la volontà si muove in una direzione in cui non può essere causale, come ad es. nella intenzione di esercitare la magia, non può esservi colpa in senso giuridico. Per ciò il dritto è guardingo nel riconoscere la causalità reale, e rifugge dalla superstizione, la cui natura è di essere inspirata dagli affetti e di confondere il caso colla causalità. Altrimenti il diritto, come è accaduto nei processi di stregonerie, si renderebbe servo dell'invidia e dell'odio che simulano colpe insusistenti, della cieca passione e della crassa ignoranza; ed invece di una esatta distinzione della connessione causale, deciderebbe nel dritto la cieca e sfrenata passione che si avviluppa in misteriose credenze, come avviene nei selvagi, quando il mal'occhio è ritenuto qual causa di malanni e di malattie, e quindi considerato come una colpa; o

Digitized by Google

come nelle XII Tavole, quando le frutta vengono attratte per incantesimo dal fondo del vicino sul proprio; o se, come ai tempi dell' impero romano, era ritenuta per cosa pericolosa allo Stato l'informarsi presso gli astrologhi della salute o della durata della vita del dominante imperatore; o se, nei tempi cristiani non molto remoti, l'accordo e perfino l' unione sessuale della strega col diavolo diveniva oggetto di un'accusa. Il dritto opera eticamente, quando previene con classica chiarezza nella coscienza sensitiva le cagioni umane e dissipa la superstizione romantica. Fin quando vi sono uomini che temono e sperano, vi sarà sempre a loro congiunta la superstizione.

Ann. Lamagia vien considerata dalla legge mosaica nell'istesso modo che l' idolatria e punita colla morte. Gl' imperatori Costanzo e Giuliano, nella fede nell' idolatria ordinarono: *Multi magicis artibus usi elementa turbare, vitam insontium labefactare non dubitant et manibus accitis audent ventilare, ut quisque suos conficiat malis artibus inimicos: hos, quoniam naturae peregrini sunt, feralis pestis absumat* (Cod. IX, 18, 6). Dai canonisti la magia, che è un patto col diavolo, è ravvisata come *species criminis laesae majestatis divinae.* Il dritto sostiene l'antica superstizione germanica; e per primo Cristiano Tomasio col suo scritto *de crimine magiae* 1871 penetrò con vittorioso successo in questo oscuro campo della giustizia, che non conosceva altre pruove se non la confessione per tortura. Nel campo del dritto civile si producono gli stessi fenomeni, e perfino in sul principio del passato secolo rimane dubbia la questione, se una persona possa disdire l' affitto di casa per timore degli spiriti. Lo scritto giuridico di Cristiano Tomasio è dell'anno 1712.

§ 56. Il dritto di punire è inerente alla comunanza etica, come tutto (allo Stato); e quindi il dritto colla sua forza conservatrice ed unificatrice è solamente possibile mercè il tutto. Solamente il tutto sta al disopra delle parti; ed in questo senso soltanto il tutto può essere veramente giusto. Or se il principio etico esige che la parte si subordini al tutto, necessaria si rivela nella legge l' esigenza etica, che ciascuno rinunzii alla vendetta ed alla difesa privata; la quale esigenza tempera il male della passione nell'animo dell'individuo e la lotta delle passioni

Digitized by Google

nella comunanza del tutto. E ciò fu nella storia dei popoli, come ad esempio in quella dei Tedeschi, un vero progresso ed una vittoria, che venne compiendosi lentamente sullo spirito feroce della forza virile, che non riconosceva altro che se stessa. La imperiosa conservazione del diritto allora solamente diviene per gl'individui una difesa necessaria, quando l'imminente pericolo dell'ingiustizia esige un istantaneo rimedio. Così se nello stato legale di una cosa vien tentato un cangiamento ingiusto, per esempio di possesso; allora la momentanea difesa individuale è nel suo dritto; poichè non appena subentra un novello stato nella cosa, esso produce dei dritti propri, come è quello del possesso. La necessaria difesa quì non è nè pena nè vendetta, ma è nell'imminente pericolo propria conservazione contro l'ingiustizia, o un dovere della conservazione altrui, riconosciuta qual dritto dal tutto. È quindi prima condizione, su cui fondasi questo concetto, che l'ingiustizia venga respinta.

Or siccome l'illegalità viene variamente determinata dalle diverse legislazioni secondo il loro vario spirito etico, così in uno stato può essere difesa necessaria ciò che in un altro è delitto. Secondo la legge degli stati in cui è riconosciuta la schiavitù, per es. nella Carolina del sud, uno schiavo fuggitivo che si ponesse in difesa contro il suo signore, e ciò facendo lo uccidesse, commetterebbe un omicidio; ma se il suddetto caso avvenisse sul territorio delle colonie inglesi, le cui leggi non riconoscono la schiavitù, lo schiavo eserciterebbe una giusta e legale difesa, e quindi rimarrebbe impunito. Il concetto della necessaria difesa è difficile a determinarsi in pratica; poichè il vedere che cosa sia un pericolo imminente, e quando possa essere autorizzata la difesa istantanea, apre un difficile e vasto campo alla disamina. Dove cominci il pericolo, affinchè la necessaria difesa non venga troppo tardi, dove debba cessare, affinchè essa non si converti in ingiustizia e ciò che nella imposta difesa è conseguenza degli affetti inevitabili, deve venir determinato in modo tale, che il delinquente nè venga protetto, nè dato in balìa delle passioni private, e che la necessaria difesa non degeneri in giustizia privata ed in vendetta.

§ 57. Quelle teorie, che separono il dritto dalla morale, pon-

Digitized by Google

gono prima della morale l'origine del dritto, e considerano altresì la pena indipendentemente dalla morale. La teoria più esteriore è quella che chiede solo il terrore come rimozione più sicura dell' ingiustizia, senza però subordinarla agli scopi interni della morale (§ 52). Ma la coazione, mercè il terrore e la paura, è solamente un lato del dritto penale e non la sua essenza costitutiva. Inoltre questa teoria diffida della ragione degli uomini, e s'inganna nel mezzo psicologico della minaccia che adopera, imperocchè il desiderio di delinquere è di corta vista ed inganna l'intelletto colla lusinga che il delitto riuscirà nel suo intento e non verrà scoverto.

Nella intenzione di incutere spavento non vi è misura proporzionata di pena. Il terroristico dritto penale romano offre all'uopo degli esempi, per es. c. 2 C. Teodo: *de cursu publico* VIII, 5, in cui una trasgressione di polizia (la corsa sfrenata dei cavalli della posta dello stato) è punita colla pena della deportazione 1).

Kant nella sua nozione del dritto, fondata sulla libertà degl'individui secondo leggi universali (§ 13), considera l'ingiustizia come un ostacolo a tale libertà; quindi la coazione, la quale resiste a quest'ostacolo ed è perciò un impedimento di esso, come giusta e consona alla libertà degl'individui secondo leggi universali. Questa deduzione corrisponde alla nozione del dritto, che è considerato secondo l' analogia di un movimento per quanto possibilmente grande di forze fisiche, le quali si sostengono e si limitano nello stesso spazio dato; ossia solo in un modo meccanico. Oltre a ciò l'impedimento di un ostacolo è più una legge di polizia (prevenzione) che una pena giuridica ; la quale consiste nella rimozione della volontà malvaggia (repressione), e forma l'obbietto principale del dritto penale.

Hegel ha considerata la pena come una logica conseguenza del delitto. La volontà violatrice del delinquente, diviene, come volontà di un ente ragionevole , una cosa generale ; a cui per

---

1) Francesco de Holtzendorff, *die Deportionsstrafe im römischen Alterthum hinsichtlich ihrer Entstehung und rechtsgeschichtlichen Entwickelung dargestellt.* 1859 pag. 148.

Digitized by Google

conseguenza il delinquente può essere sottoposto come al suo proprio dritto: e quindi la violazione del violatore, la negazione della volontà negativa costituisce il dritto; il quale deriva colla pena proporzionata dalla sua azione, come esigenza del suo proprio onore. Questa teoria è in verità solo una dialettica contro il delinquente derivante dalla sua propria volontà, un convincimento tratto dal suo egoismo, affinchè dal delitto stesso risulti il fondamento e la misura della pena; ma il dritto generale, eguale a tutti, e la norma della sua misura deve porre le sue radici ben altrove che in una conseguenza ricavata dalla volontà particolare del delinquente. Il dritto, come tale, avrà motivi più positivi di quelli che ha la logica imposta all'ingiustizia. Ad ogni modo rimane sempre in tale dottrina la domanda, se il dritto, come tale, possa o debba rispondere alla violazione con un'altra violazione.

Sotto l'influenza di Hegel la nozione della pena si è corretta e completata, accogliendo in se il lato obbiettivo ed etico che le mancava. L'azione illegale è per se stessa nulla; e lo stato compie nella pena la dimostrazione della nullità di essa. La pena è la negazione della negazione. La volontà delinquente diviene nulla secondo l'estensione e la intensità della sua nullità. Or poichè il delitto è essenzialmente il prodotto della subbiettiva interiorità, perciò esso vien soppresso sol in quanto vien soppressa la volontà. Quindi la pena deve racchiudere lo scopo di essere sentita come un giusto castigo dal delinquente stesso e dagli altri che inclinano a simili delitti, e quindi effettuarne il miglioramento mercè l'intimidazione. Questo intento però è giusto di fronte al subbietto libero, solamente in quanto questi nel suo oprare si è spogliato della sua subbiettività. Solamente in questi limiti lo Stato può dimostrare la nullità della costui volontà. Compresa in questo modo, la logica è divenuta etica ad onta della forma dialettica; cosa che non era possibile, dove, come nella filosofia del dritto di Hegel, il delitto e la pena vengono trattati prima della moralità e del costume.

Ann. Kant *metaphysische Anfangsgründe der Rechtswissenschaft.* 1797 2ª Edizione 1798, XXXV. § D.

Digitized by Google

Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft in Grundrisse.* 1821. § 100.

E. R. Köstlin, *neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts* 1845

§ 58. Poichè l'avvenuta ingiustizia, che ha infranta la forza del dritto, non può essere non avvenuta, così il dritto si riprestina almeno idealmente nella sua forza mercè la pena, e conserva mercè questa il riconoscimento generale. Senza la pena l'egoismo del malvaggio giungerebbe alla sua meta e dispoticamente s'imporrebbe nella vita. Intanto l'ingiustizia ha lati distinti nella sua origine e nella sua effettuazione; e perciò il dritto, per ripristinarsi, deve necessariamente accogliere ed unire nella pena i distinti rapporti, relativamente all'autore, a colui che fu leso dall' ingiustizia ed alla società. La pena è nel suo scopo interno la forza che il dritto esercita sull' autore, pel leso e nella società.

Dall'idea del dritto formale (§ 49) segue come conseguenza necessaria; *nulla poena sino lege.*

§ 59. Noi cominceremo dal considerare la forza del dritto relativamente al leso. La pena non può proporsi lo scopo di un risarcimento di danni da parte del reo verso la vittima della sua rea azione.

In verità nella lesione che si subisce pare, secondo il sentimento comune, che al leso competa una propria e particolare soddisfazione : ma ciò che vien designato sotto questo nome è l'appagamento di un sentimento non ancora placato. Col sentimento morale più profondo questo concetto, che la pena debba essere una soddisfazione particore del leso, non viene in prima linea ; anzi è una presupposizione più nobile, che la particolare soddisfazione del leso si compensi mercè la pena nel repristinamento generale del dritto.

L' appagamento della vendetta mercè la pena si presenta in modo speciale nei primordî del dritto penale, come ad esempio nelle leggi sull' omicidio e nelle leggi matrimoniali riguardo alla infedeltà coniugale. Lo stato della morale si riflette nella legge che si sviluppa. Se le leggi penali sono in sul cominciare più sanguinose e pronunziano più facilmente la morte, a ciò forse può anche cooperare la passione del leso; poichè l'ira non di-

Digitized by Google

stingue e la vendetta, qualunque sia il suo movente, si sazia solo nell'annientamento del suo oggetto.

§ 60. Or in secondo luogo per ciò che concerne la forza del dritto sull'autore, il dritto che nel delinquente riconosce l'uomo, deve anche, punendo, aver riguardo al suo pensiero e alla sua volontà. Quindi la pena, che è la reazione contro l'ingiustizia, è diretta a ciò, che l'autore, che dolosamente ha infranto il dritto, possa riconoscerla come necessaria conseguenza della sua colpa, ossia quale pena *meritata*, e che possa, in quanto la sua ribellione al dritto venga su lui annientata dalla forza del dritto, riconoscerla come espiazione della sua ingiustizia, e riguardo all'ordine divino, come penitenza. In tali rapporti la pena è il dritto stesso dell'autore e non una lesione; essa è la riconoscenza della sua personalità. Questo lato della pena è in vero condizionato al libero e incoercibile concepimento dell' autore; ma se la pena fosse una rimozione di un'ingiustizia mercè una altra essa sarebbe impossibile. Solo gli può parer giusta quella pena che da un lato risulta necessariamente dalla natura del suo proprio operato, e dall' altro dalla determinazione della legge da lui violata. Solo nella volontà dell'autore l'ingiustizia viene compresa nella sua radice; e il miglioramento di esso è la vittoria del dritto sulla volontà a lui inimica; quindi la pena, raggiungerà lo scopo del miglioramento, quando non perda di vista la volontà del reo.

Senza di ciò le disposizioni del dritto penale si ridurrebbero ad un vero meccanismo.

Poichè il disimparare ciò, che si è imparato, è più difficile che l' imparare una cosa nuova, e non ostante l'impedimento istantaneo una modificazione dei desiderî e dell'andamento del pensiero abituato a fomentare i desiderii è la cosa più difficile di tutto; all'istesso modo il miglioramento, quantunque cominciato individualmente, potrà essere veramente proficuo, allora soltanto quando la società invece di negligere il reo e di abbandonarlo a se stesso, lo soccorra, dopo scontata la pena, religiosamente e civilmente. Questo compito è tanto più difficile a sciogliere, quanto più è importante. Il condannato, che, espiata la sua pena, ha dietro di se le brutte ricordanze di essa, ha

Digitized by Google

pur dinnanzi al suo sguardo un avvenire ancor più triste, sciagure ancor maggiori, se non potendo trovare in nessun luogo del civile consorzio le condizioni della vita e la fiducia degli uomini, è spinto nuovamente a delinquere.

La tendenza al miglioramento è l'opposto della vendetta, che vige nei primordî del dritto, in cui si rivela il freddo disprezzo ancora negli antichi nomi delle pene ; come ad esempio nella gogna (secondo la probabile derivazione della parola *Pranger*), nel benvenuto e nel comiato dalle case di correzione, od eziandio nel nome degli strumenti di tortura, come la vergine di ferro e la *mater dolorosa*, il violino, lo sdrucciolatoio, e nella stessa forma antica della sentenza: « gli si accorci la testa ». La tendenza della pena al miglioramento desta nel popolo un sentimento diverso dalla gioia maligna del male altrui, la quale con beffardi sarcasmi cooperava ad affogare i sentimenti umani, quando per es. il carnefice si chiamava il mastro Ohimè, il mastro *Fix* e *Kurzab*, che « fa fare al delinquente il professo nell'ordine dei fratelli magri ».

Se, secondo la rappresentazione generale, la pena, espiazione dell' ingiustizia, riconcilia la società coll' autore, il valore etico di questo pensiero riposerà nella forza del dritto, ripristinata mercè la pena eseguita. Psicologicamente in ciò coopera inosservato un processo dei nostri affetti, in quanto che la compassione di chi soffre la pena diminuisce il primitivo sentimento di odio contro del malfattore, o lo distrugge, producendo così un sentimento più calmo, più intimo e analogo al sentimento della riconciliazione. La pena intanto può raggiungere la vera riconciliazione solo mercè la tendenza al miglioramento.

Ann. Platone già mostrò, (Gorgia pag. 478) nel senso della pena che sana il torto dell' anima, che noi dobbiamo ritenere per più felice il punito dalla legge, che colui che non fu da essa colpito.

§ 61. Il terzo rapporto della pena riflette la forza ripristinatrice del dritto nella società. Sebbene la pena non dev'essere considerata come una pura soddisfazione di vendetta o come vendetta più sicura; pure se non ha luogo, eccita nell' offeso lo stimolo alla vendetta, che in tal caso si presenta come rimpiaz-

Digitized by Google

zo del dritto. Il sentimento universale del dritto, il quale è diverso dalla vendetta dell'offeso, promuove la punizione della rea azione. Il delitto consumato e ben riuscito stimola l'egoismo e la cattiva volontà altrui con segreto piacere: e il cattivo esempio perde sol allora la sua forza stimolatrice, quando colpito dalla pena, finisce nell'opposto dell' istigazione, o, secondo il processo psicologico della comune associazione delle idee, quando l' illusorio fantasma del piacere, che si rannoda speranzoso all'esempio, trova un contrappeso nella impressione del dispiacere e del timore. La malvagia ingiustizia nasce rare volte di per se e senza connessione; essa ha per lo più i suoi moventi nelle vive rappresentazioni della società; oltrecchè in ogni uomo è insito il germe della malvagia ingiustizia in tutte le sue forme. Sotto di un tale aspetto la pena della malvagia ingiustizia si manifesta ancora riguardo alla società qual ripristinazione della forza del dritto, e per essa è assolutamente necessario che abbia il carattere della pubblicità.

Ann. La differenza fra pena giuridica e pena pedagogica, non dev' essere perduta di vista, poichè è inerente alla natura stessa delle cose. La pena pedagogica, che deve agire educando, e agevolando lo sviluppo verso la età maggiore, è di natura individuale, e si avvicina alla istituzione della scuola. Il delinquente, che s' è messo fuori il possesso della sua maggiore età mercè la malvagia ingiustizia, cade altresì esteriormente nell'educaztone e nella disciplina.

Il Toro platonico (*Gellio* VI, 14) riconosce con altri antichi filosofi nella pena tre scopi, essi sono νουθεσία (κόλασις, κάθαρσις) miglioramento mercè l'educazione, τιμωρία, ripristinazione dell' autorità, e παράδειγμα, ammonizione esemplare.

§ 62. La pena è una diminuzione della personalità individuale inflitta dalla legge allo scopo dichiarato di agire contro l'ingiustizia commessa. In questo senso anche la multa, per essere efficace, deve essere risentita dal delinquente come reale diminuzione dell' esistenza personale. Intanto poichè il fatto dell'offensore contro l'offeso si riflette nella società (§ 59), così la misura e la qualità della pena dev'essere determinata parte dal

Digitized by Google

fatto, contro di cui reagisce il dritto, parte dalla connessione di esso colla vita comune.

§ 63. La misura più esteriore della pena è la **rappresaglia**; che è la forma più rozza a richiamare il delinquente al pieno sentimento della sua ingiustizia. « Occhio per occhio, dente per dente ». Ma le azioni, quantunque esteriormente eguali, ponno nei loro interni rapporti avere delle differenze, relativamente alla volontà (§ 64), all' esecuzione (§ 65) e agli scopi offesi (§ 66); da cui la pena deve trarre le sue norme di graduazione nei vari e distinti casi.

§ 64. La pena è rivolta contro la volontà, che viola o pone in pericolo il dritto. Quindi dove la volontà, ossia il desiderio determinato dal pensiero, è impossibile, ivi non può esservi pena come tale, per esempio in un fatto avvenuto nell' alienazione mentale, ovvero dove l'uomo fisicamente e senza metterci nulla del suo subisca la forza maggiore di cause fisiche ed esteriori. Nella pena v' è quindi la prima questione a fare, se cioè vi fu o vi potett' essere nel fatto una volontà. Se l' attore ha potuto avere una volontà, dove egli non l'aveva, la pretensione è giusta, che avrebbe dovuto averla. Intanto siccome la volontà presuppone il pensiero come suo fattore determinante, così la questione retrocede ancor oltre; poichè si tratta di sapere se l'autore potè distinguere il giusto dall' ingiusto, e quindi abbia pensato ed abbia potuto pensare prima del suo fatto, per il suo fatto, e nel suo fatto. La piena negazione di queste domande esclude la colpabilità, e colla colpabilità la pena come tale. L' ingiustizia derivante da inevitabile errore non è ingiustizia voluta.

La volontà ha diverse relazioni coll'azione, le quali si manifestano nei concetti del proponimento e dell'intenzione, dell'impulso e del motivo.

Il proponimento e l' intenzione, quantunque sieno stati scambiati nel più ampio senso l' uno per l' altra, son non dimeno distinti nel loro senso più stretto. Mentre il proponimento ha per obbietto l' azione singola, e designa l' atto della volontà cosciente nel punto singolo in cui diviene causale nel mondo sensibile, l' intenzione all'opposto guarda il successo, l' effetto come scopo generale della volontà. L' oggetto della intenzione

Digitized by Google

è un effetto che ne deve nascere, l'oggetto del proponimento è la causalità, per cui può rimanere indeterminata, se l'effetto che ne consegue è voluto o non voluto. L' intenzione produce il proponimento come mezzo, quando vi è connessione causale fra un'azione ed un effetto voluto.

Se si segue il processo della volontà, si troverà che la intenzione, lo scopo degl' individui, ha una sorgente generale; poichè la sua origine risale all'impulso ed al motivo. Queste due parole, benchè s'incontrino nel linguaggio, e vengano spesso scambiate l'una per l'altra; son pure distinte, e dinotano cose diverse: l'impulso in generale trova il suo motivo nelle date circostanze; e quindi in concreto l' impulso risponde al motivo. L' impulso, come base subbiettiva della determinazione, rannoda la volontà all' affetto impulsivo della vita individuale, sia desso l'affetto dell'uomo naturale, come l'invidia, l'ira e la vendetta, sia desso un affetto morale, come l'amore al dovere e il rispetto alle leggi.

Nel proponimento si tratta di vedere se l'azione sia stata voluta per se stessa, come tale; nell' intenzione se l' effetto, che nell'azione cade nella giurisdizione del diritto, sia stato lo scopo della volontà; nell'impulso fino a qual punto la persona possa essere soddisfatta in quell'azione; e nel motivo finalmente quale stato delle circostanze abbia eccitato l' impulso. Dove, per esempio, la vendetta è l'impulso, e il motivo si trova in una offesa che si crede di aver sofferta, può nascere l'intenzione di disfarsi dell' offensore e maturare nella volontà il proponimento di impiegare cotal mezzo per cotale scopo.

Quando si giudica un'azione dal punto di vista della morale, la colpa è maggiore nei casi, dove dall' impulso fino al proponimento vi sia un concatenamento continuato di malvagi e freddi propositi; dove al malvagio impulso corrisponde il motivo che sa cogliere le circostanze, e al malvagio motivo l'ardita intenzione, e all'intenzione il risoluto proponimento; dove la stretta conseguenza, il piano ben connesso, il pensiero che supera gli ostacoli e la esecuzione ottenuta dimostrano l'ostinato lavorio della perversità. Quando invece nella connessione dell' impulso col motivo, con l' intenzione e col propo-

Digitized by Google

nimento la catena s' interrompe, ovvero manca del tutto qualche anello, colà la colpa è attenuata.

Rispetto al giudizio giuridico vi è una restrinzione, che non si verifica nel giudizio etico. La legge non può imporre, nè esigere nessun'impulso od affetto, perchè questi appartengono al libero interno dell'uomo; quindi essa non può neppure considerare come oggetto di pena l'affetto e l'impulso per se stessi. Inoltre mentre l' effetto appartiene ai fenomeni, il proponimento, l'intenzione, il motivo e l'impulso si ritraggono sempre più nel segreto interno dell'individuo e divengono sempre più difficili a giudicarsi; e perfino la confessione del reo non basta, dovendosi esaminare e riconoscere se sia vera. Per ciò il giudizio giuridico si attiene ai momenti, che sono relativamente i più facili ad essere riconosciuti, cioè al proponimento e all' intenzione, che legano completamente l' azione col suo effetto all'autore, o completamente ne la distaccano. L'impulso però e il motivo possono essere considerati, ma in seconda linea, per determinare e misurare la volontà. Se, per esempio, la negligenza debba essere un motivo attenuante della pena, ciò deve risultare essenzialmente dal fatto che nella determinata azione manchi il malvagio impulso ed il motivo che possa aver determinato la volontà.

Se nell'ingiustizia il proponimento e l'intenzione si unificano in modo, che la lesione del dritto, che si realizza in un fatto, corrisponde ad essi anche internamente, se essa (lesione) fu voluta, quale avvenne, allora la colpa divien completa *(dolus)*. L'intenzione è il cattivo animo del proponimento. Se vi è il proponimento della determinata azione, ma manca l'intenzione delle sue conseguenze (*culpa*, errore evitabile, imprevidenza); si attenua la reità e quindi il motivo della pena. Ma se l'autore ripete la sua involontaria ingiustizia e con questa ripetizione dimostra la sua malvagia volontà, quale causa immanente dell' ingiustizia, la reità si aumenta, e con essa il motivo di punirla.

Il concetto dell' intenzione è difficile a determinarsi, poichè non lo si può rilevare per osservazione, ma solo per induzione. Nulla nella vita è più comune che il dichiarare l'effetto di un'a-

Digitized by Google

zione, particolarmente quando si poteva prevederla, come effetto voluto dell'intenzione; laddove può giustificare questo giudizio soltanto l'esame del fatto speciale e determinato. Egli è inoltre incerto (dappoichè l' effetto di ogni azione ha una portata indefinita , e divene a sua volta causa continua di successivi effetti) sin dove l'effetto sia stato nella intenzione, e che cosa pertanto debba calcolarsi come intenzione e che cosa no. In ogni azione si dovrà distinguere l'effetto diretto dall'effetto indiretto , il proprio dall' accidentale *(per accidens)* , e all' intenzione non si devono imputare nei singoli casi gli effetti indiretti senza di una chiara pruova: non si deve scambiare l' effetto lontano col prossimo, l'impreveduto col preveduto, l'accidentale coll'essenziale.

Il diritto penale cerca di determinare i vari gradi del proponimento e dell' intenzione , come pure del legame che fra essi intercede *(dolus determinatus, indeterminatus , alternativus, eventualis, culpa)*, affinchè la pena sia proporzionata al grado in cui la moralità e il riconoscimento di essa è minacciato dal fatto dell' ingiustizia.

Nel diritto civile l' errore viene egualmente graduato per la determinazione della rifazione dei danni *(culpa lata, levis)*; e nel diritto prussiano l'errore viene anche distinto in massimo, medio e minimo. Il diritto romano in questo caso misura con molto senso pratico la mancanza di cura delle cose altrui dall'analogia della cura che si prende per le cose proprie, ossia dal modo con cui avrebbe fatto un buon padre di famiglia; poichè nelle cose proprie la moralità raggiunge , mercè il sentimento della propria conservazione, il carattere di un impulso naturale. Se nella trascuranza del dovere per le cose altrui si prende una misura, che derivi dalla cura e dall'amore per le cose proprie, trasparisce già l'esigenza etica nella legge che si volge contro la trasgressione; poichè il dovere per le cose altrui si adempie soltanto, quando chi agisce sia un *buono* amministratore e non un puro mercenario. Nel proprio rapporto, che si sente più chiaro e facile, si cerca una misura per cose più lontane, all'istesso modo che l'antico dritto tedesco cercava nell' esame originario

Digitized by Google

della famiglia il tipo della fede del vassallo, e quindi da esso misurava ciò che era conforme o no a questa fede.

§ 65. In quanto alla esecuzione del reato si distingue il tentativo (*conatus*) dal fatto consumato. Questo solo raggiunge il pieno e reale effetto dell'ingiustizia. Or si domanda se e quale pena meriti il tentativo.

Leibniz dichiara il *conatus*, preso in senso generale, un'azione dalla quale, se nulla l'impedisce, segue un movimento (*Bewegung*); e questo concetto generale può essere applicato alla volontà. Quindi il *conatus*, si presenta ogni volta che l'impedimento derivi o dalla volontà medesima o da cause esterne. Il tentativo giuridico adunque è l'azione interrotta nella sua esecuzione o per volontaria rinunzia o per esterno impedimento. In quest'ultimo caso l'attore ha fatto quanto da lui dipendeva per rendersi colpevole, e fu contro sua volontà e fuori del poter suo che l'azione abortisse, come ad esempio se l'arme da fuoco appuntata non esplose. Ciò non dimeno se la pena, che pure è diretta contro la volontà, viene attenuata, ciò dipende da che uno dei due termini determinanti la pena non esiste, e l'altro rimase inefficace da solo. Il tentativo, cioè il delitto che non si è realizzato nel suo effetto, non ha offeso nessuno (conf. § 59.); e, come mancato, non contiene quella forza seduttrice del malo esempio che ha il fatto compiuto (§ 61). Quindi esso non richiede dalla società il medesimo grado di repressione. Nel suddetto primo caso egli è controverso nel diritto se il tentativo rinunziato sia punibile, come per esempio nel caso che uno, mentre presta giuramento, s'interrompa e dichiari che egli era per dar valore ad una falsità, e con ciò renda nullo il tentativo di spergiuro. Se qualche opinione più rigorosa dichiara punibile anche questo tentativo, essa lo fa, perchè anche nel tentativo rinunziato vi fu pur sempre un tentativo di male; e la volontà avrebbe dovuto resistere al male, ancor prima che l'azione fosse cominciata. Intanto poichè la volontà stessa ha ritirato il male e si è piegata al diritto, poichè inoltre il mal'esempio, che già stava per effettuarsi, si è cancellato da se e cangiato in un riconoscimento del diritto; anche il diritto nel senso etico deve riconoscere questa vittoria sopra se medesimo

Digitized by Google

e quest'emendamento, e non renderlo più difficile colla minaccia di una pena, mediante la quale sarebbe possibile che l'attore trovasse una forza per resistere contro i propri dubbi e le proprie incertezze e persistere nella perpetrazione del delitto.

§ 66. Sebbene nella comunità civile ideale tutti gli scopi interni sieno legati e compenetrati da uno scopo supremo; pure essi si distinguono per la coscienza morale secondo il grado della visibile necessità, mercè la quale, oltre il comando positivo, si stima obbligato anche il comando morale. Questa necessità di scopi determinati si misurerà nei casi particolari guardando quanto la moralità in generale fosse ancor possibile, se in tali casi venisse da tutti lesa. Quindi l' azione del diritto contro l'ingiustizia dovrà essere graduale e misurata secondo la natura degli scopi che esso deve garentire. A base della distinzione dell' ingiustizia punibile nella contravvenzione, nel delitto e nel crimine, la quale esprime in parole i gradi della coscienza morale, sta in parte la differenza degli scopi morali lesi e in parte la distinzione della volontà che si manifesta nell' ingiustizia. La concorrenza di questi due punti di vista (§ 64. § 66), (mentre talora si prende quale misura preponderante del delitto ora l'importanza dello scopo da tutelarsi, come per esempio nell'alto tradimento, ora l'abbiettezza della volontà, come nella lussuria), rende difficile il determinare con precisione i limiti fra crimine e delitto. Che se invece si volesse porre a base di tale graduazione la natura della pena cominata, si commetterebbe, scientificamente parlando, un Isteronproteron, poichè si porrebbe la conseguenza in luogo della causa, ossia dell'essenza.

Soltanto nel presupposto, che la pena protegga scopi morali, è possibile in essa una giusta misura. Dove per lo contrario le leggi colla loro natura conservativa mirano a proteggere e consolidare dei falsi rapporti morali, esse devono sostenere una lotta continua contro la resistenza degli uomini, e per signoreggiarla, devono necessariamente usare i mezzi inumani della violenza e della intimidazione. Donde in tutti i tempi le crudeli pene nelle leggi sulla schiavitù, come in Roma (v. l'apparente giustificazione che si trova in Tacito. *Annales* XIV, 42 e seg.) e nell' America settentrionale. Così si riconosce il con-

Digitized by Google

cetto del diritto a conservare la moralità, anchè colà ove venga svisato.

Certamente la misura morale degli scopi interni può variare a seconda dei tempi e della connessione storica; or venendo progressivamente compresa più profondamente, ora cedendo alla corruzione dei costumi. Avvi una grande distanza dalla lapidazione per aver raccolte delle legna nel giorno di Sabato (4 Mosè XV, 32 e seg.), alla pena di polizia per un'analoga contravvenzione del giorno d'oggi. L'arrolamento al servizio militare estero viene oggidì punito, laddove era per lo passato in Germania ed ancor poco fa nella Svizzera non solo concesso, ma anzi riguardato come un diritto della libertà. L' adulterio era anticamente punito di morte.

§ 67. La misura della pena ha inoltre un necessario rapporto colla comunanza della vita, dal cui seno è scaturita l' ingiustizia dolosa. Se in senso psicologico la sensibilità, contro la quale è diretta la pena, come diminuzione dell' entità personale, aumenta col grado generale di coltura e di moralità, per esempio da lato del sentimento d'onore; le pene corporali, potranno essere cambiate in altre che esercitano una coazione psicologica meno immediata, ma non meno durevole. Anche i crimini si cangiano e si trasformano col progresso. Se date circostanze alimentano l' inclinazione a dati crimini, come alla frode, allo spergiuro, alla ribellione; certamente da un lato vi avrà bisogno nell'individuo di grande forza per resistere alla tentazione e all'esempio,e dall'altro sarà necessaria una grave pressione per ridestare e scuotere il sentimento generale pervertito. In tal caso la pena dovrà aggravarsi, perciocchè quello che più importa si è che la moralità rimanga salda nel costume; ed a ciò contribuisce il rigore a tempo opportuno adoperato. *Déest remedii locus, ubi, quae vitia fuerunt, mores fiunt* (Seneca). Non avvi alcuna ingiustizia rispetto all'autore, quando in questo rapporto la pena sia calcolata da un punto di vista esteriore, e non vi si trovi una corrispondente misura nel fatto riguardato per se stesso; perciocchè il fatto stesso nella sua origine e nei suoi effetti ha un rapporto intrinseco colla comunanza sociale.

Digitized by Google

Anche la possibilità della prescrizione dei reati in un tempo più o meno lungo, secondo la loro gravità, deriva dal rapporto che i reati hanno colla società. La punizione non è più necessaria, dove la influenza dell'esempio, che ha luogo nell'ingiustizia rimasta impunita, sia del tutto o quasi cancellata. Inoltre si può anche supporre, sino a pruova contraria di altro reato, che la malvagia volontà, la quale rendeva necessaria la pena, si sia arresa e sottoposta al rispetto della legge.

§ 68. Se da un lato la pena di una colpa, che ebbe dei complici, non deve colpire soltanto la parte immediata, ma altresì tutti coloro che vi presero parte; benchè talvolta possa più difficilmente colpire l'autore principale, il quale, essendo pur la vera causa, non di rado, dopo aver pagato pel delitto, si tiene vigliaccamente nascosto; deve dall'altro guardarsi bene dal prendere per accordo causale l'accordo su di una idea spinta dall'odio comune, come sarebbe se si riguardassero come complici i parenti dell'autore. Spesso il diritto penale ha esteso la pena ad altri che all'autore, come alla famiglia ed ai figliuoli, per aumentare l'intimidazione. Un simile punto di vista predomina nella confisca dei beni, quando questi non debbano servire alla rifazione dei danni. Ma il diritto penale (il quale non è nè una guerra difensiva, nè una vendetta che obbedisce ad una cieca associazione d'idee) allora soltanto si troverà alla sua altezza morale, quando assennatamente distingua il colpevole dall'innocente e non renda responsabile della malvagia azione che quegli solamente che ne ha la colpa.

Ann. Ci è voluto ben del tempo perchè si facesse strada questa coscienza elevata nel dritto. Conformemente al suo carattere etico il dritto mosaico prescrive: (5 Mosè XXIV, 16), « i padri non saranno fatti morire pei figli, nè i figli pei padri, ma ciascuno morrà pel proprio delitto »; e ancor più generalmente (Ezechiele XXIII, 20): « il figlio non porterà la colpa del padre, nè il padre lo colpa del figlio » (conf. 2. Reg. XIV, 6). E se in opposizione di ciò si volesse ricordare il Dio geloso (2 Mosè XX, 5), il quale punisce la colpa dei padri fino alla terza e quarta generazione, si può notare che in questo giudizio divino si tratta del delitto contro la divinità, del passaggio cioè dalla fede in Dio all'idolatria, i cui nocivi effetti necessariamente si esten-

Digitized by Google

dono alle seguenti generazioni. Presso i Greci si trovano nelle leggi citati degli esempi in contrario; così in un Plebiscito ateniese (circa nell'Olim. LXXXVI) in occasione d'una colonia trasferita a Brea in Tracia, è detto: chi volesse togliere o cangiare questa disposizione, sia infamato con tutti i suoi figliuoli. (Boeckh, nei rapporti mensili della R. Accademia delle scienze 1853. pag. 160 seg. cita altri simili casi).Lo scopo della minaccia è d'intimidire; ma la sola intimidazione per se corre sempre pericolo di essere ingiusta. In Roma valsero fin dai più remoti tempi le *leges sacratae*, delle quali Festo dice: *sacratae leges sunt, quibus sanctum est, qui quid adversus eas fecerit, sacer alicui Deorum sit cum familia pecuniaque.* Però gl' imperatori Antonino e Vero rescrissero (dig. XLVIII, 19, 26): *crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest; namque unusquisque ex suo admisso sorti subiicitur, nec alieni criminis successor constituitur* Siccome la passione non distingue, ma nel suo odio confonde tutto ciò che appartiene al suo odiato, così troviamo in tempi eccitati dalla passione il diritto consistere in massime di odio e di vendetta.

§ 69. Se nelle varie specie di pena si confrontano i motivi, dai quali quelle ebbero origine, si scorgerà che nelle pene, come in ogni altro sviluppo morale, soltanto a poco a poco tali motivi si allontanano dall' egoismo e giungono ad un punto di vista, che rivela l' idea del Tutto.

Dove vige indistintamente la legge del taglione, occhio per occhio, dente per dente, vita per vita, dove nella punizione predominano le pene corporali e la mutilazione; ivi la pena, avendo per iscopo la ricompensa, somiglia ancor molto alla vendetta. Accanto alla ricompensa, che riflette il passato, sta l' intimidazione la quale ha di mira anche l'avvenire. Si suppone che le pene atroci valgano meglio ad intimidire, e che nella pena di morte, la quale colpisce di orrore la fantasia degli uomini, il timore della vindice legge si propaghi tra i più colla massima forza. Ma il rispetto della umana personalità si ribella alla legge del taglione ed alla eccessiva intimidazione.

Quando le pene pecuniarie si presentano come multa, esse hanno un certo che di comune, come risarcimento dei danni, colla ricompensa, e da un lato hanno per iscopo precipuo di attutire il sentimento di vendetta nel danneggiato.

Digitized by Google

Le pene infamanti hanno avuto origine dalla considerazione del reo in rapporto colla società. La società, mercè la sua sentenza, giudica del valore morale che l'uomo ha nella comunanza sociale. Ella ritira da lui i diritti politici, che gli aveva concessi nel presupposto della ubbidienza alle leggi, ovvero, lo dichiara incapace di certe pubbliche funzioni, togliendogli l'opinione dei concittadini, in cui ciascuno cerca di riconoscersi migliore o almeno non da meno degli altri. Questa pena dev'essere psicologicamente sensibile; poichè altrimenti essa perde tutta la sua efficacia, come avviene quando il delinquente diventa così abbietto da non curarsi del suo onore, e della perdita dei pubblici suffragi. Un uomo infamato dalla pubblica opinione è come una moneta fuori di corso, che nessuno accetta. Scemato l'onore o divenuto nullo, scemano altresì o divengono nulle le condizioni per condurre una vita soddisfacente. Quando mercè la scomunica taluno è messo fuori del seno della chiesa, la quale procura al fedele la comunione con Dio e la salute dell'anima, egli è colpito al vivo nel fondo del cuore, e nell'istesso tempo innanzi alla pubblica opinione. La legge del taglione e l'intimidazione sono ancora i motivi preponderanti in questa specie di pena.

Ma nel bando, nella deportazione, nelle frequenti pene di morte vi si racchiude pure un altro motivo. La società civile teme del reo punito, come del ladro recidivo o del colpevole politico, e cerca quindi di allontanarlo da se. La deportazione mitiga l'antica durezza della pena di morte, che distrugge del tutto il delinquente. La sicurezza della società politica diviene lo scopo della pena. Se lo scopo dell'intimidazione sostiene una incerta lotta contro la lusinga del male e vi soggiace; ora il rapporto s'inverte: la società che voleva intimidire, si spaventa del delinquente non intimidito. Viene allora in aiuto alla teoria dell'intimidazione l'altro scopo, racchiuso nella pena, di rassicurare cioè la società. Sotto un tale aspetto i rei, già puniti, vengono o per un dato tempo o per sempre sottoposti alla sorveglianza della polizia.

In tutti quest'indirizzi si ha di mira soltanto l'offesa dell' individuo o della società; e le pene vengono inflitte ed eseguite

Digitized by Google

sul corpo, nessuno curandosi di ciò che avviene nell'interno del punito, nel suo animo.

Fu merito particolare della Chiesa di considerare i patimenti qual'interna penitenza e quale miglioramento di se stesso, e di riconoscere nella pena il ritorno alla ragione e il recedere dal male: sicchè quando essa puniva con durezza e dispotismo, come nell'inquisizione, era pur quello il senso delle sue pene interne, non altrimenti che nelle penitenze, negli esercizî spirituali, ecc. Or la pena se vuole agire, ancorchè violentemente, sulla volontà, deve considerare l'uomo non come una bestia, mercè il bastone e la frusta,ma in guisa tale,che lasci luogo alla sua umana riflessione. Da quest'indirizzo hanno avuto origine le pene che restringono la libertà, e particolarmente la carcere isolata, la quale ha per iscopo di tener vivo e ognor presente il pensiero della colpa. Egli è veramente uno stato penoso quello di un uomo sempre richiamato al medesimo pensiero senza potersene mai distogliere, perche, mancandogli la varietà degli oggetti e il sollievo del discorso, tutto lo riconduce alla causa della sua prigionia. La privazione della libertà è l'impossibilità di fatto di ripetere la contravvenzione, il delitto o il crimine, e di ricadere nella propria passione. Quanto più la sensibilità dell'animo cresce col pogresso della civiltà, tanto maggiormente è sentito il valore della libertà, e tanto più diviene possibile di adoperare questa coercizione psicologica in luogo delle pene corporali.

Sotto il punto di vista del miglioramento la Chiesa viene in aiuto dello Stato; ma ciò non basta. Se il miglioramento debba avere consistenza nella vita, il ritorno al buon sentimento non ancora consolidato, deve trovare, quando si rientra nella società civile, diminuite le tentazioni a ricadere nel male, tentazioni che si trovano nella disperata miseria; altrimenti il bisogno, che non conosce legge, isterilirà certamente i germi ancor teneri del bene incominciato. Importa quindi preparare fin da che si è in prigione il ritorno nella società civile mediante una proficua attività e l'abitudine al lavoro. Per tal modo le pene, imposte come patimento, vengono convertite in miglioramento. La pena deve risanare i membri malati e ri-

Digitized by Google

donarli interi alla vita sociale. Il compito è grande e difficile (§ 60).

I due scopi, di correggere il delinquente e di assicurare la società, hanno menato negli ultimi tempi all' idea delle colonie penali, le quali, come in Australia, sono divenute una leva della civiltà, che assoggetta la terra alla potenza dell'uomo. Esse non sono che un'ipocrisia di umanità, quando servono soltanto a gettare gli esportati in preda ad un clima divoratore; laddove hanno una grande importanza, quando aiutano a propagare la vita umana in terre ancora incolte. L'esperienza dell'Inghilterra ha insegnato che le colonie penali colà soltanto danno risultati favorevoli, dove hanno per compito di colonizzare paesi inabitati, e non si aggruppi intorno a loro in quantità maggiore una popolazione libera. Egli è un grandioso pensiero quello di rendere fattori di coltura sociale i nemici istessi della società umana, e di ritrarre per tal modo il bene dal male istesso; ma l' esecuzione di ciò è dipendente dalle circostanze e richiede molta ponderazione e molta antivegenza politica, perchè una tale cura pei delinquenti può creare alla società nuovi e seri pericoli 1). Soltanto uno stato di grandi mezzi può punire in tal guisa; e questa pena fra tutte le altre è quella che più si è allontanata dallo stato primitivo, in cui portava l'impronta degli offesi sentimenti egoistici.

Mercè lo scopo del miglioramento i mezzi di punizione si sono limitati, e circoscritti; e quindi s' è abolita l' infamia incancellabile per tutta la vita, appunto perchè renderebbe impossibile la riabilitazione alla vita sociale, e non farebbe che aumentare la eccitazione a nuovi delitti. Fu poca saviezza legislativa quella di ammettere come punizione l' assoluta incapacità del delinquente ad acquistare beni stabili, perciocchè in tal modo si toglie al delinquente ciò che, potendo, gli si dovrebbe dare, la

---

1) D.r Fran. de Holtzendorff, *die Deportation als Strafmittel in alter und neuer Zeit und die Verbrecherkolonien der Engländer und Franzosen in ihren geschichtlichen und criminal politischen Bedeutung.* 1859 specialmente pag. 354.

Digitized by Google

possibilità cioè di una industria, che lo leghi alla società civile, e gliene faccia amare le leggi.

Ma mentre le pene divengono più umane, esse non debbono però cessare dall' essere pene: perchè la legge non ha tutta la sua autorità, se non quando è temuta. La miglior pena in rapporto al suo scopo interno sarebbe quella che fosse capace di più intimidire e più migliorare; ma l' una cosa facilmente pregiudica l'altra, ed è compito del diritto penale di tentarne la conciliazione e l'armonico componimento.

Da che le pene corporali cominciarono a diradarsi, il mezzo più generale, con cui si è misurata la pena proporzionatamente alla colpa, sono state le multe più o meno gravi e la privazione della libertà per un tempo più o meno lungo e in un modo più o meno rigoroso.

A ragione si è mossa opposizione al sistema delle multe, perchè, essendo più sensibili al povero che al ricco, non sono bene equiparate. Non dimeno nelle piccole multe (ammende), come per le contravvenzioni alle leggi di polizia, la perdita del danaro sarà meno sensibile che il titolo di pena, che ad essa pubblicamente si appone (§ 62). Le multe più gravi saranno opportune in quei casi in cui una pena principale, come per esempio la prigionia, l' infamia, ecc. si voglia rendere ancor più sensibile al ricco, per esempio nei delitti di avidità di guadagno, di frode, ecc., perchè colpiscono il sentimento in quella parte appunto, che fu il movente del delitto. Mercè la pena pecuniaria l' avidità di guadagno raggiunge uno scopo opposto alle sue cattive voglie. Egli è probabilmente per ciò che l'antico diritto romano condannava il furto ad un *actio in duplum o quadruplum*.

Benchè Platone nel Gorgia (pag. 525 b) avesse già designato, come scopo della pena che vien comminata al delinquente, o il miglioramento del reo, ovvero il pubblico esempio, acciocchè, vedendo quello ch'egli soffre, gli altri si sgomentino e migliorino; pure ci è voluto del tempo, perchè lo scopo del miglioramento ottenesse un reale apprezzamento accanto allo scopo della intimidazione.

L'inevitabile ineguaglianza nel diritto penale, la quale dipende

Digitized by Google

dal perchè la legge determina la pena generalmente, secondo i generali rapporti morali e secondo il sentimento generale, laddove ogni ingiustizia è individuale e deriva dall'individuale posizione nella vita, non che del sentimento individuale del punito; non può venire approssimativamente equilibrata che per la latitudine lasciata al giudizio individuale del giudice e mercè la possibilità del dritto di grazia.

§ 70. Poichè vi ha molti modi di diminuire il sentimento dell'entità personale mediante la coercizione, ne avviene che, presupposto che lo scopo interno della pena sia soddisfatto, sarà preferibile quella specie e quel modo di pena, che lasci all'uomo nel delinquente, cioè a dire al pensiero che si corregge e rientra in se, tale un campo d'azione, che oltre allo scopo della intimidazione, si proponga anche quello del miglioramento del reo. Nella pena di morte questo punto di vista scomparisce del tutto, e in ciò si pone il più importante argomento contro di essa. La questione del diritto alla pena capitale nel caso in cui siano da punire delitti che minacciano la vita, come assassinio, sommosse, commercio di schiavi, ecc. si divide principalmente nelle seguenti questioni; 1. L'assasino ha egli un diritto alla propria vita sì, da poterne esigere la conservazione? In quanto colui che fu attaccato aveva il diritto della propria difesa e quindi dell'uccisione dell'assassino, a questa domanda si dovrà rispondere negativamente. 2. L'ente comune (lo Stato) ha egli il diritto di pronunziare la pena di morte? Il diritto della difesa personale, ponendo la sua radice nel tutto della società, torna nel Tutto stesso (§ 56). In altri casi, per esempio, nella ribellione, lo Stato stesso si trova nel caso di propria difesa. 3. Lo Stato ha egli il dovere di rinunziare a questo diritto contro l'assassino? L'ultimo estremo della paura è la paura dell'annientamento (§ 52). Quindi se lo stato della società richiede di agire sugli animi con questa estrema paura, come avviene in tempo di dissoluzione morale o nella disciplina durante la guerra, il diritto alla vita, perduto pel delitto commesso, non dovrà rispettarsi. Quanto più nella vita sociale vi sono elementi dannevoli e seducenti, tanto più la reazione dev'essere rigorosa per domarli (§ 68). Ella è una falsa umanità di dare

Digitized by Google

impulso ai delitti mercè una fiacca repressione del delinquente. Nel diritto di guerra, per esempio nel tradimento, la pena di morte è inevitabile. Però è contrario al concetto di dichiarare questo dritto come propria difesa. Nondimeno è compito della società, che tende al perfezionamento morale, di togliere la pena di morte a mano a mano che il delitto diventa meno grave; poichè ogni pena di morte inflitta le rivela le sue interne piaghe , e pel diritto è sempre una sventura il perdere la vita di un individuo. Oltracciò nella pena di morte un possibile errore della giustizia non è riparabile ed è impossibile una ricompensa. Onde sarà saviezza di limitare e togliere la pena di morte, ovunque sara possibile. Ma se la pena di morte viene abolita per legge, al delinquente si attribuisce un diritto assoluto alla vita , dritto che egli non ha; e si confondono i concetti giuridici della proporzionalità.

Digitized by Google

C. *Lato Logico del Diritto. Metodo del Diritto.*

§ 71. Il lato etico del diritto determina il lato fisico; il logico deve corrispondere ad amendue (§ 6), come il pensare all'essere, sia cercando la legge formativa delle cose, che comprendendo le cose nel trovato. La ragione opera nel diritto, similmente che nelle scienze naturali, parte trovando (riflettendo) nella varietà delle tendenze e delle azioni il pensiero intimo dell'Organamento con ciò che ne deriva, quindi la norma universale, come fa la legislazione; parte distinguendo le tendenze e le azioni e sottomettendole alle norme date, lo che è opera del giudice. La ragione riflessiva trova nel campo del diritto mercè lo scopo interno anche le norme di ciò che non deve essere. Quindi il lato logico del diritto deve esaminarsi prima nell'origine e poi nell'applicazione della legge.

Ann. La distinzione che fa Kant della ragione riflettente e determinante è un lato essenziale nel processo della conoscenza, che che daltronde si pensi di tale nomenclatura e degli altri suoi presupposti. (Kant, Kritik der Urtheilskraft 1790. pag. XXXII e seg.).

a) *Lato logico nell' origine del dritto.*

§ 72. Il diritto si forma sulla base degli scopi interni del Tutto e dell'Organamento che devono garentirsi, sia più inconsciamente e con tacito consentimento nel diritto consuetudinario; sia con maggior scienza e proposito nella legislazione; sia finalmente sviluppandosi mercè la giurisprudenza pratica nello spirito della legge e del fatto. Quando per la formazione del diritto si parte dalla sua origine, il metodo logico che ne deriva è di natura sintetico. Accanto al procedimento, che il diritto trae dalla natura dei rapporti morali che deve garentire, sta il profondo esame di vedere quali saranno le conseguenze, se la legge corrisponde all' impulso della vita individuale, che si circoscrive nel proprio utile, e quali se la leg-

Digitized by Google

ge concepisse diversamente i suoi precetti. Cotale previdente esame, che allontana dai falsi effetti accessori, e indirettamente comprova la necessità, dà al progetto originale una sicurezza di ciò che debbasi escludere e di ciò che debba confermarsi. Anche questi processi sono di natura sintetica. In quanto gli scopi interni concordano nell' Organamento per formare un tutto, o gli scopi, che eventualmente si contrastano, si equilibrino poi nel Tutto; anche il diritto conservativo, come conseguenza immediata di tali scopi, avrà un indirizzo ad una unità che si subordina la pluralità, avrà un indirizzo ad un sistema che sarà il parallelo logico dell'organismo morale, che ne conserva i movimenti in determinati confini. L'unire in gruppi delle materie di dritto non è ancora il formare un sistema, sebbene ciò sovente s' onori di un tale nome.

Il diritto positivo di un popolo presenterà sempre tutto il suo diritto e le parti di esso in subordinazione al carattere particolare nazionale e al suo grado di civiltà. Ogni diritto secondario, tratto da una legislazione straniera per colmare una lacuna di diritto, oltre all' essere una inconseguenza logica, porta con se il pericolo di produrre un' oscillanza nella coscienza nazionale del diritto e di agire quale impedimento al suo sviluppo.

L'unità del Tutto dapprima diviene consciente di se nella scienza del diritto, e poi opera determinando le sue parti. La giurisprudenza acquista tacitamente il potere di andar formando il diritto, cooperando collo spirito logico alla definizione della nozione e alla conseguenza da trarne, essendo diretta, come ogni altra scienza, alla necessità finale, ed affermandosi con questa necessità nel convincimento di coloro nelle cui mani sta la legislazione e l'amministrazione della giustizia. Essa tempra e completa la legislazione, prepara le riforme e diviene la sorgente del diritto che si sviluppa nella storia.

§ 73. Il diritto viene determinato soltanto dal bisogno che ha lo scopo interno di un rapporto morale di essere garentito nella sua relazione col tutto; nè da altra fonte che da questa lo si può trarre in ultimi analisi. Quando poi i rapporti fondamentali sono già determinati in norme generali di diritto, questo si dilata e colma le lacune mercè l' Analogia. Nella storia del

Digitized by Google

diritto l'analogia si manifesta di frequente quale agente di sviluppo, poichè in pratica, richiamandosi sopr'un antecedente già stabilito, essa ora sanziona ed ora respinge. Da ciò la necessità di ben riconoscerla nella sua forza e nella sua impotenza.

Nell' analogia si conchiude da un caso coordinato ad un altro, o da una specie ad un'altra, supponendosi che nel primo caso si rinvenga quella regola generale che dà norma al secondo. L'analogia è falsa, se i casi o le specie non sono coordinati, ovvero se sono bensì coordinati, ma la norma, rilevata dal primo caso e che si vuole riferire agli altri, non sia la norma generale, ma piuttosto una specialità (la differenza specifica) del primo caso; perciocchè allora non si coglie il punto di contatto, ma invece si prende come punto di contatto ciò, che è punto di distinzione. Se l' analogia si riguarda secondo il primitivo suo significato, quale proporzione, od eguaglianza di due rapporti quantitativi, i due punti designati si dovranno comprendere in uno, in modo che la conclusione dell'analogia abbia luogo soltanto, quando l'esponente dei due rapporti e lo scopo interno della cosa nell' applicazione del dritto siano gli stessi. Poichè l' analogia, in quanto analogia, agisce sempre da uno a un altro caso senza essere legata da una *maggiore* esattamente e chiaramente compresa; in altri termini, poichè l'analogia in quanto analogia, piuttosto suppone, che non riconosca un esponente eguale, perciò diventa mal sicura e può vagare nell'indefinito, a mò d'esempio quando nello sviluppo di una legge il caso tratto da un'analogia serva sotto un altro aspetto ad un'analogia diversa. Quindi il procedere per analogia ha bisogno d' essere sempre cautamente coadiuvato da matura riflessione. Un caso eccezionale non può per se stesso formare un'analogia; perciocchè l'esempio (l'analogo) è un caso che deve racchiudere in se la regola generale.

Risulta ancora da quanto si è detto che le parti opposte in un giudizio ponno trarre conclusioni differenti dalla stessa analogia. Chi la vuol far valere per la propria causa, rileverà ciò che vi ha di comune tra il proprio caso e la regola, e la tratterà in modo che ciò, che egli ne vuol conchiudere, comparisca come dipendenza causale di questo universale; per lo con-

Digitized by Google

trario l'oppositore ne rileverà la differenza; e la negazione che farà valere, deve presentarla in dipendenza causale colla differenza.

Ann. Confr. *Logische Untersuchungen* II, pag. 263 seg. 362 seg. Un esempio di una conclusione giuridica di varii membri, tratta da una analogia, si offre in *Cicer. top.* c. 10. *Sunt enim similitudines, quae ex pluribus collationibus perveniunt, quo volunt, hoc modo: Si tutor fidem praestare debet, si socius, si, cui mandaris, si qui fiduciam acceperit: debet etiam procurator.*

Ancora trovansi esempi d'analogia applicata al diritto nei nomi del diritto romano, come nelle *obligationes quasi ex contractu* (*instit.* III, 28) nell'*accusatio quasi publica* contro il *tutor suspectus* (*instit.* I, 26, 3), nella *poena falsi* e *quasi falsi* (Dig. XLVIII, 10; 1. § 13). Riscontra altri casi *instit.* II, 11, 6. III, 28, 6. IV, 5 ecc. Oltre a ciò vi sono molti esempi nel diritto romano di procedimenti per analogia, come nell'origine dell'*actio utilis*, dig. VII, 1, 17. § 3 — *utilem actionem exemplo Aquiliae*, inoltre dig. XXVII, 10, 1, dig. XXXVII, 12, 1, ecc. Esempi di un'analogia incerta si trovano nelle instit. II, 1, 33. Conf. 30, inoltre dig. XVI, 1, 1 conf. § 4, dove si tenta di apporre il concetto della intercessione al caso di donazione.

Se gli evangeli riconoscono soltanto l'adulterio come motivo di divorzio e i riformatori gli pareggiano il doloso abbandono; ciò non è in fondo che un'estensione del diritto per analogia. L'abbandono doloso ha comune coll'adulterio il sentimento d'infedeltà, e nel maggior numero dei casi presuppone il reale adulterio. Il riferirsi al precetto positivo I. Corint. 7, 15, non basta. Se in seguito l'abbandono doloso diviene la base di nuove analogie, converrà badare, perchè a poco a poco non si perda di vista il primitivo motivo, cosa che può facilmente accadere a forza di continuate analogie. Se all'incontro le legislazioni posteriori aggiungono altri motivi al divorzio, come se il matrimonio altro non fosse che un puro rapporto contrattuale, l'analogia è abbandonata, e allora vi domina il nuovo punto di vista di un procedimento sintetico.

Nel diritto tedesco il diritto feudale, il quale originariamente concedeva dei beni in compenso della fede di servitù, e supponeva il servigio militare come dovere dei cavalieri, è stato esteso per analogia, messo, fuori della cerchia originaria e propria, a fondamento dei diritti reali nei feudi ereditarii.

Le così dette finzioni giuridiche fanno parte esse pure dell'ana-

Digitized by Google

logia. Esse comprendono fra le analogie quei fatti, che secondo i loro motivi interni potrebbero o dovrebbero appartenere ad un titolo speciale di dritto, e pur non vi appartengono. Si confronti per esempio la *fictio legis Corneliae* relativa alla morte di un cittadino romano prigioniero, il così detto *fictus possessor* e la finzione dell'estraterritorialità ammessa nel diritto internazionale.

Rischiareremo con un esempio l'esame di una falsa analogia. Nelle Istituzioni II, 1. § 33. risc. § 30 si dice: *Litterae quoque licet aureae sint, perinde chartis membranisve cedunt, ac solo cedere solent ea quae inaedificantur aut inseruntur.* L'analogia *perinde—ac* riferiscesi al 11, 1, 30: *si quis in alieno solo ex sua materia domum aedificaverit, illius sit domus, cuius et solum est.* Questa conclusione si fa derivare dall'analogia di due rapporti qualitativi, poichè si dice: all'istesso modo che la casa cede al suolo altrui, su cui è fabbricata, cedono le lettere d'oro all'altrui pergamena, su cui sono scritte. Il diritto quindi è lo stesso. Ora si domanda se l'esponente (il rapporto interno) sia il medesimo: alla quale domanda si riduce l'altra analogia designata più sopra. Poichè questa conclusione si fa da un caso ad un altro, da uno ad altro particolare, bisogna ben guardare se ambedue i casi sieno realmente coordinati l'uno all'altro; e se lo sono, come nel caso presente, se la qualità che si vuole dedurre da un caso all'altro dipenda dal genere che li unisce, ovvero dalla differenza specifica. L'analogia è giusta, quando si poggia su di un rapporto interno, e non su di una qualità specifica. Nella sovra citata disposizione giuridica delle Istituzioni il suolo viene paragonato alla pergamena e il loro dritto perfettamente pareggiato. Però il suolo è immobile, ed è difficile o quasi impossibile ad essere rimpiazzato al proprietario; laddove la pergamena è una merce generale e rimpiazzabile per qualità e grandezza. In generale poi il diritto alla proprietà fondiaria richiede cure particolari che non competono punto alla pergamena. Quindi il rapporto interno (l'esponente) è dissimile, e il dritto viene stabilito dalla differenza specifica e non dal principio generico; e per ciò non è applicabile in entrambi i casi. Quindi il *perinde ac* non è giusto. Quest'analogia fu già rifiutata da Hotomann, e il nuovo diritto dispone diversamente; v. VINNIUS in questo passo.

Nel diritto internazionale un'analogia di Ugo Grozio *de iure belli ac pacis* III, 6. ann. h. ha ottenuto una certa importanza storica. Le leggi marittime francesi, fra le altre quelle dell'anno 1543, ordi-

Digitized by Google

navano che il bastimento neutrale, carico di merce del nemico, venisse unitamente a queste confiscato. Ugo Grozio ammette ciò a condizione che il proprietario del bastimento avesse saputo che le merci appartenevano al nemico, e adduce a conforto della sua opinione la seguente analogia tratta dal diritto romano: Diges. XXXIX, 4, 11, 2 da Paolo: *dominus navis si illicite aliquid in nave vel ipse vel vectores imposuerint, navis quoque fisco vindicatur. Quod si absente domino id a magistro vel gubernatore aut proreta nautave aliquo id factum sit: ipsi quidem capite pun untur commissis mercibus, navis autem domino restituitur.* Quest'analogia non è giusta; e vi si oppone la differenza specifica. Qui si tratta di un delitto contro le leggi del proprio stato, laddove nel primo caso dell'esercizio del libero commercio.

Delle false analogie si riscontrano in gran numero ogni volta che si introduce un diritto estero, e si adattano ed innestano quindi alle patrie istituzioni norme straniere, come ad esempio l'enfiteusi dei Romani al fitto ereditario tedesco, l'infamia dei Romani alla restrinzione dei diritti civili dei tedeschi, il diritto di proprietà letteraria, propria dei nostri tempi, alla categoria di un contratto innominato od anche di noleggio dei Romani. È una falsa analogia politica di far servire, come si è praticato da Montesquieu in poi, la costituzione inglese a modello in tutti gli stati, come ad un paradigma grammaticale, contro il quale vi sieno poche eccezioni, senza farsi distinzione dei rapporti storici, come a mo'd'esempio, senza la storica condizione di una nobiltà indipendente, senza la costituzione di corporazioni indipendenti,e per sino dopo la soluzione degli organamenti esistenti in atomi individuali. Questo errore logico ha per conseguenza di offendere efficamente ciò che è speciale fisonomia d'una nazione, di sturbare il sicuro e proprio sviluppo del diritto e di oscurare nel popolo la chiara intelligenza di esso.

Quale eccezione, in cui non può presentarsi la *ratio iuris*, cioè l'esponente comune ai rapporti di diritto, si debbe riguardare il *ius singulare* del dritto romano. Dig. I, 3, 16: *ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.* Sovra una tale ristretta analogia non può essere fondata una più ampia. Dig. 1, 3, 14: *quod vero contra rationem iuris receptum est*, non est producendum ad consequentias.

Quando uno scopo essenziale produce col tempo vari organi e strumenti, come a mo' d'esempio quando il credito pubblico, esi-

Digitized by Google

gendo un mezzo di scambio che avesse un valore universale, creò dapprima la moneta metallica, ed in seguito la moneta cartacea; la legge che servì dapprima a garentire lo scopo nel mezzo primitivo, come nel danaro coniato, deve estendersi anche sul mezzo trovato di poi, sulla moneta cartacea. In questa estensione da uno ad un altro mezzo, che sottomette i nuovi rapporti della vita inventiva alla coscienza ed alla unità del diritto opera l' analogia ; ma importa di tradurre la legge universale, trovata per analogia in una delle specie dei mezzi, nella particolare materia dell' altro mezzo, essendo a mo' d'esempio i mezzi e le vie di falsificazione e d'inganno nella moneta metallica diversi da quelli della moneta cartacea. Qui opera la differenza specifica.

Lo studio dell'analogia è importantissimo nel campo giuridico. Però la dissertazione di Nettelbladt *de decisione casuum secundum analogiam 1751*, sebbene contenga delle buone determinazioni giuridiche, è troppo debole nella parte logica, tanto per ciò che riguarda la definizione, quanto per ciò che riguarda l'applicazione. Così al § 40 sembra che la contranalogia di un altro caso sia l'effetto di un errore del legislatore ; laddove di fatto quella ha il suo fondamento nel suo concetto logico e nella incertezza della conclusione dell' analogia.

§ 74. Poichè il diritto deve garentire gli scopi interni della società, ne consegue, che l'espressione della sua volontà dev'essere precisa e incisiva, affinchè l' obbedienza corrisponda alla intenzione, e, dove non corrisponda, possa la legge opportunamente forzarla. La precisione del concetto ha la sua ultima stregua nella definizione. Quindi la Definizione è pel diritto di somma importanza. Ben considerata, dessa è così nel diritto penale che nel civile, così nella costituzione che nel contratto, la forza logica, che con necessaria conseguenza trae le determinazioni di ciò che si debba dare o soffrire.

Nel diritto la definizione è in parte dichiarativa di nomi e in parte di cose. Dove si tratta di dare il giusto significato alla parola (al termine impiegato nei rapporti legali) e a garentirla da reali equivoci o da torta interpetrazione, si ha la definizione nominale (detta talvolta anche dichiarazione verbale), la quale garentisce alla parola il suo valore, e preserva il vincolo d'associazione tra la rappresentazione del segno e quel-

Digitized by Google

la della parola. Nella scienza la dichiarazione della cosa si compie nella definizione generica, in cui è riconosciuto l'Essere nel Divenire; e tutta la chiarezza, cioè la distinzione dei concetti delle parti che formano una nozione, deriva in ultima analisi dalla riconosciuta legge costitutiva della cosa. Ciò nondimeno per l'universale intelligenza della legge sarà meglio dare il chiaro e misurato concetto dei rapporti legali nella forma delle definizioni reali comuni, la quale non riconduce l'essenza della cosa al suo primitivo fondamento, ma ne concepisce solamente i segni che resiedono nell'immediata conseguenza del fondamento. Talvolta gioverà agli scopi pratici che la definizione, avendo di mira determinazioni sensibili, e facili a comprendersi, dia, anzichè la spiegazione della essenza, soltanto un segno particolare che appartenga esclusivamente al concetto in quistione (in termini logici un *consecutivum proprium* invece del *constitutivum*). Le leggi logiche della definizione adequata, le quali richiedono soprattutto l'indicazione dell'idea generale maggiore e della differenza che forma la specie, devono rigorosamente osservarsi nel diritto. Perciocchè se la definizione è troppo ampia, ella trarrà nelle sue conseguenze rapporti ed azioni che la legge voleva escludere; e se per lo contrario troppo ristretta, lascierà sfuggire dei rapporti e delle azioni che la legge voleva comprendere nei suoi scopi. Dove il principio generico e la differenza specifica si eccitano a vicenda ed operano di concerto, ivi trovasi la fonte di ciò che è proprio ad un concetto legale, e quindi anche il vero principio di una deduzione nel diritto.

Comunemente la definizione si riferisce ad un genere, che comprende sotto di se molti casi speciali; sebbene l'oggetto, al quale si riferiscono, venga definito in una sola costituzione o in un solo contratto. Lo scopo e i tratti fondamentali di un affare comune in un tal caso vengono determinati, ed entro questi limiti (segni essenziali) rimane il campo della specialità di ognuno (segni accidentali).

La definizione, essendo la base d'innumerevoli relazioni, e allargando o restringendo la cerchia d' applicazione della legge è di una importanza ricca di conseguenze. Se nelle scienze le

Digitized by Google

definizioni sono precipuamente circoscrizioni dei concetti, come il nome lo designa; nel diritto esse divengono bentosto limitazioni di cose e di rapporti ed hanno una forza costitutiva. L'antico adagio fra le regole del diritto (Dig. L. 17, 202): *omnis definitio in iure civili periculosa; parum est enim ut non subverti possit*, rileva la difficoltà di comprendere i rapporti pratici della vita nel concetto strettamente limitato delle loro leggi formative, senza nondimeno recar danno al riconoscimento della loro interna necessità. Le definizioni giuste sono i guardiani logici di ogni sicurezza legale, le sentinelle avanzate delle determinazioni giuridiche.

Alla precisione del concetto necessario del diritto si conviene sol una espressione semplice e precisa; e il suo linguaggio, com'espressione della volontà, dev'essere austero e dignitoso, qual si conviene alla volontà etica nella sua elevata grandezza sugli appetiti e sulle passioni; dev'essere inoltre breve e chiaro come volontà efficace, ed a tutti intelligibile, come linguaggio della generalità. Soltanto in questo modo la legge può soddisfare all'essenza della cosa, e soltanto in questo modo può agire d'accordo con l'etica e colla logica, e cooperare all'educazione del popolo.

Ann. Il bisogno delle definizioni nominali nel diritto è rilevato dal libro *de verborum significatione*, il quale regola l'intelligenza dei segni e l'estensione dei *termini*. Esso principia (*Diges* L. 16, 1): *Verbum hoc* s i q u i s, *tam masculos quam feminas complectitur*. La forma mascolina del vocabolo potrebbe indurre qualche pedante a limitarne il significato generale.

Il diritto romano si contraddistingue fin dai primi tempi per le sue esatte e giuste definizioni reali, in cui si trova da per tutto lo studio di assegnare al concetto i suoi giusti limiti. Serva d'esempio la spiegazione della definizione di *morbus* e *vitium* all'editto degli edili. *Aiunt aediles: qui mancipia vendunt certiores faciunt emptores, quid morbi vitiive cuique sit.* Dig. XXI, 1, 1. Conf. Gellio IV, 2. Sul *furtum* Gellio VII, 15. Si confrontino inoltre i difficili limiti di demarcazione fra *dolus* e *culpa* (§ 64).

Per rilevare come nella definizione si restringano o si estendano il motivo etico e le conseguenze pratiche si confronti l'interpetra-

Digitized by Google

zione più ristretta di *adulterium* nel diritto romano colla più estesa del diritto canonico, ovvero la interpetrazione dell'inganno nel diritto penale prussiano con quella più estesa delle altre leggi; perciocchè quella ammette due segni caratteristici che non sono sempre richiesti, cioè che l' ingannatore inganni allo scopo di guadagno, e in secondo luogo che egli stesso promuova e confermi l'errore, non ch'egli semplicemente profitti di un errore già preesistente.

La definizione puramente negativa è inefficace per la sua indeterminatezza, come n'è esempio l'interpetrazione dello *stellionatus* (Dig. XLVII, 20, 3). Il condizionale, il modo del possibile, che designa già il possibile come non effettivo, non si adatta alla definizione della legge; come per esempio allorchè si minaccia di pena il danno recato da una persona, danno che fosse diventato o che p o t r e b b e diventare pericoloso; perciocchè la legge deve misurare la realtà colla necessità e non dar adito ad arbitrarie congetture del possibile. A ciò portava la disposizione del diritto nazionale prussiano (II, 20, § 797) avanti del codice penale del 1851, dov' era detto: « se alcuno abbia volontariamente recato ad altri delle gravi lesioni, dalle quali possano derivare gravi danni per la salute o per le membra colpite, sarà sempre punito, proporzionatamente alla lesione cagionata, di reclusione o di relegazione. »

I segni caratteristici (*propria*) che, se non formano essi stessi la differenza specifica, pur ne sono un effetto, appartengono sì essenzialmente alla natura della cosa, che la loro rivelazione non conduce mai ad altra sorgente; e per ciò nell' u s o p r a t i c o essi possono surrogare la definizione. Lo Specchio Sassone (I, 5) dove dice: chi è prete, vi aggiunge il segno esterno della tonsura. Quando un codice penale distingue crimine, delitto e contravvenzione soltanto secondo la misura della pena, che vien comminata, ciò è bensì un segno estrinseco, ma pure caratteristico. « Un' azione che le leggi puniscono di morte, di ergastolo o di reclusione per più di cinque anni, è un crimine. Un'azione che le leggi puniscono colla reclusione fino a cinque anni, e col carcere oltre sei settimane e con una multa maggiore di cinquanta talleri è un delitto. Un' azione che le leggi puniscono col carcere fino a sei settimane o di multa fino a cinquanta talleri è una contravvenzione ». Scientificamente parlando una tale spiegazione è un isteronproteron, perciocchè questo che è effetto del concetto interno (la pena), è divenuto l'essenza del concetto istesso (il motivo della pena). Nondimeno a misura che la definizione scientifica dei concetti si renda difficile,

Digitized by Google

e nell'esercizio del diritto importi una rigida osservanza del concetto, cotesto isteronproteron scientifico sarà un buon mezzo pratico, quando però esista un sistema di gradazione penale. Se l'usura (§ 100) viene misurata dal sorpassare l' interesse legale, il segno caratteristico sarà esteriore e forse un'insufficiente sostituzione alla definizione propria della cosa difficilmente applicabile.

Le leggi nell'espressione devono cercare e conservare la proprietà del linguaggio; altrimenti divengono un punto d' appoggio ad una varietà di significati. Quintiliano (V. 14) fa dei giuristi romani l'elogio seguente : *iuris consultorum summus circa verborum proprietatem labor est.* G. Arnold nella sua opera *Cultur und Rechtsleben* 1865, pag. 288 e seg. esamina accuratamente la espressione formale e il suo rapporto coi concetti legali.

Lo stile delle leggi nella nostra patria tedesca deve ricondursi all' antica semplicità e robustezza ; poichè queste qualità mediante le nuove elaborazioni bizantine sul diritto romano , mediante lo stile di cancelleria eccessivamente minuzioso e le rattoppature degli emendamenti , con cui le nostre assemblee consultive cercano di accomodare le leggi, sono quasi perdute dalla nostra coscienza.

Lo stile delle XII Tavole ed in parte anche delle leggi mosaiche è di una laconica brevità. La introduzione dei motivi è un errore nelle leggi ed è per lo più segno di debolezza. Seneca, *Epistola* 94: *non probo quod Platonis legibus adiecta principia sunt. Legem enim brevem esse oportet, quo facilius ab imperitis teneatur, velut emissa divinitus vox sit. Iubeat, non disputet — non disco, sed pareo.* Nell' apprezzamento dei motivi può esservi diversità di opinione; laddove nella obbedienza si richiede unità.

Le formole e i simboli dell'antico dritto romano, e gli atti simbolici dell'antico dritto tedesco, solenni, evidenti, precisi, sono scomparsi. E pure il bisogno, che lor aveva dato origine, continua sotto altra forma. Il linguaggio chiaro ed incisivo, nobile e posato delle leggi e dei tribunali è per una nazione un bene insieme ed un ornamento. L'attualità ha per compito, dopochè il sentimento della precisione e della chiarezza si è sviluppato per opera dei classici tedeschi, di abbandonare quel linguaggio pesante e prolisso, promiscuo a termini latini, che si usa nei tribunali, e di creare un linguaggio legale tedesco adatto allo spirito della nostra legislazione. La soluzione di tale problema è già incominciato, ed in ciò vediamo un gran benefizio accessorio dei nostri classici e dello studio del diritto tedesco; ma questo bene non si è ancora generalizzato. Ogni giurista

Digitized by Google

pratico deve pagare a questo bene universale il contributo del suo spirito e non far prevalere il dottorale linguaggio della curia, quasi un mistero della casta, al linguaggio di tutto il popolo, nel quale per opera sua la nozione e il sentimento del diritto debbono insinuarsi. La smania di una dignità, alla quale si converrebbero bensì gli arcaismi del linguaggio, ha menato il linguaggio giuridico di cancelleria a una magniloquenza pedantesca, allo stile dalle lunghe parrucche; al quale talvolta comicamente contrasta un ingarbugliato linguaggio di simulati affetti. Importa anzi tutto che la legge parli tedesco; poichè al linguaggio della legge si attiene naturalmente il linguaggio forense.

Ciò che fra le altre ha offuscato la perspicuità del linguaggio tedesco è l'aver aggiunto alle forme grammaticali incerte ed equivoche una specie di spiegazione scientifica. Così si parla di un diritto attivo e passivo di elezione, intendendo con ciò il diritto di eleggere e di essere eletto, il diritto d'elezione e d' elegibilità. In questa espressione v' ha confusione di concetto, in quanto che il diritto passivo di elezione abbraccia più che l'attivo, e comunemente racchiude questo in se; laddove in generale è il caso contrario, che l'attivo cioè valga più del passivo; all'istesso modo si parla di corruzione attiva e passiva, intendendosi con ciò il delitto di corrompere e di lasciarsi corrompere. Parlasi inoltre in procedura di legittimazione attiva e passiva, e s'intende con ciò il legittimato e il legittimante. Il diritto di rappresentazione designa molto oscuramente la determinazione giuridica che i figliuoli rappresentino il padre già morto e vengano essi in possesso dell'eredità, che al padre apparterrebbe, se vivesse. Vocaboli come *eventuale*, *rispettivo*, *facultativo*, incomprensibili al popolo (tedesco), avvolgono in termini ambigui diverse idee, le quali secondo i casi diversamente si esprimerebbero in tedesco.

§ 75. La legge bisogna che sia completa per ragioni etiche e logiche; ma per le stesse ragioni deve pure evitare una casistica, che volesse determinare ed esaurire l' infinità dei casi speciali; per ragioni etiche, acciocchè il campo del lecito non venga ristretto alla moralità individuale (§ 42) e la legge stessa non divenga minuziosa; e per ragioni logiche, affinchè la legge non divenga incomprensibile per esuberanza di particolari, e il suo senso generale sminuzzato.

Digitized by Google

Per lo contrario egli è un altro eccesso, quando la legge comprende nel genere, senza distinguerlo, un particolare che sia essenziale; e con ciò distrugge quasi indifferentemente la natura propria e distintiva delle cose, come sarebbero nel diritto penale i motivi speciali del delitto; o lasci luogo a comprendere il duello soltanto come semplice uccisione o lesione; o l'abuso di fiducia nel furto di titoli soltanto nel genere comune del furto. In tali false generalizzazioni nasce da un lato la possibilità che l'azione, che dovrebbe essere colpita, sfugga alla legge, come nell'ultimo caso citato; perciocchè il furto richiede per lo più l'uso della cosa involata a proprio vantaggio, quale elemento costitutivo, la quale cosa nella sottrazione di titoli è facile che non accada; e dall'altro che l'effetto morale venga scemato particolarmente nel diritto penale; perciocchè se la legge non chiama le cose col loro vero nome, non le afferra nell'essenza del loro concetto; l'idea del valore speciale etico si perde nel popolo, e un'azione si rende facilmente condannevole, non per se stessa, ma per mero apprezzamento della legge.

Egli è un falso indirizzo della legge quello di determinare ciò che è permesso, invece di ciò che è vietato di fare, per esempio determinando fin dove sia lecito di usare della paterna autorità o del diritto domestico. Una tale espressa dichiarazione di ciò che è permesso ha i suoi pericoli, perchè non di rado avviene che si prenda per diritto ciò che fu taciuto, perchè impossibile a vietarsi.

A preservare da minuziose ed infinite ricerche nella logica del diritto sono annesse alle determinazioni esterne le presunzioni *(praesuntiones iuris)*, le quali hanno valore fino a pruova contraria. Così può avvenire che un possesso non sia onestamente acquistato; però vale la presunzione della buona fede. È possibile che un uomo non sia ancora capace di responsabilità, ovvero di amministrare la propria fortuna, ancorchè abbia raggiunta l'età determinata dalla legge (la maggior'età); ma vale la presunzione in contrario. Dove tali presunzioni poggiano sui costumi e sulla moralità, hanno esse un valore etico, e la vita si svolge sul suo fondamento. Dal lato logico esse giovano ad un'applicazione facile e pronta, perchè in luogo del-

Digitized by Google

l' essenza difficile a comprendersi , esse si attengono ai segni sensibili ed evidenti. E se è vero che possono talvolta ingannare e capovolgere il diritto ; c' è pur sempre per loro la possibilità di lasciarsi rettificare, quando nella realtà le cose sono altrimenti da quel che paiono. Le presunzioni assumono il carattere della necessità in ciò che è abituale e naturale nell'uomo; per esempio quando ammettono per verità la confessione della colpa , poichè per la legge della propria conservazione ognuno tende ad allontanare da sè ciò che gli è dannevole.

Ann. Ammettere che il giudicato sia vero è una esigenza etica per dare forza legale alla sentenza , e non può chiamarsi una presunzione. Diges. leg. VII, 207 *Res iudicata pro veritate accipitur.* Ulpiano nelle *regulis iuris.*

b) *Lato logico nell' applicazione della legge.*

§ 76. Nell' applicazione della legge, come l' esercita il procuratore e il giudice, il processo logico rappresenta un s i l o g i s m o, nel quale la legge vigente rappresenta la proposizione maggiore e il caso speciale la minore, da cui deriva la sentenza, come conclusione. La legge vigente per se stessa è stabile e costante: ma l' intelligenza di essa e quindi il campo della sua applicazione può essere dubbio. In tal caso all'applicazione si fa precedere l' interpetrazione, che determina i limiti della maggiore nella determinazione del suo concetto. Poichè il caso speciale deve essere ricondotto ai motivi della sua legalità o della sua ingiustizia, bisogna che esso sia riconosciuto nel suo concetto, come una specie della legge generale , oppure da esso escluso. Mentre la legge (la Maggiore) è data come pensiero, e il caso pratico per se stesso come cieco fatto, questo deve essere trasformato mercè il lato del diritto nel pensiero che gli sta a base, come sua essenza. Di ciò si occupa il metodo analitico nella determinazione del caso speciale.

Nel sillogismo giuridico il contratto può divenire base della maggiore in materia civile , quando esso è riconosciuto come legge formativa di un rapporto giuridico.

Digitized by Google

§ 77. L'inevitabile difetto dell'espressione e la indeterminabile vicenda della vita, che produce dei casi impreveduti dalla legge, rendono necessaria l'interpetrazione per conciliare la legge vigente col suo vero significato e con ciò la latitudine della sua applicazione colla legge. L' interpetrazione è o formale o reale; formale quando stabilisce il senso della legge da motivi grammaticali o da osservazioni logiche sulla forma; e reale, quando desume il campo dell'applicazione dallo scopo della legge e dal motivo interno, cioè a dire dalla ragione della legge (*ratio legis*). L' interpetrazione estensiva è fondata principalmente sull' analogia, la quale richiede molta precauzione (§ 73); e la interpetrazione ristrettiva non deve conchiudere sulla cessazione della legge dalla cessazione dei motivi che l'hanno fatta nascere (§ 49). In generale il pericolo dell'interpetrazione sta nella possibilità di offendere l' idea del dritto formale (§ 49) e di renderlo incerto. Fra gli altri mezzi a premunirsi da tale pericolo v'è l'interpetrazione stabilita dal lungo e costante uso del foro (giurisprudenza), il quale fa sì che essa diventi un vero dritto formale.

Nella interpetrazione che amplia o che restringe ciò che importa è la giusta intelligenza della *ratio legis;* nel cui spirito soltanto la legge può ampliarsi o restringersi. Però sebbene la *ratio legis* sia inerente alla legge e si riproduca nelle sue varie determinazioni come unità interna, pure ella non è sempre così chiara, che non possa essere controversa, simile in ciò ai motivi ipoteticamente concepiti nei fenomeni naturali. Ella pertanto è sottoposta, dove non sia chiaramente indicata, alle stesse leggi logiche delle ipotesi; e in ciò bisogna ben guardarsi dal non preporre un motivo logico e formale, derivato in dipendenza del dritto conseguente, al motivo originale etico.

L'interpetrazione reale chiamasi comunemente dai giureconsulti interpetrazione logica nel senso della logica della cosa: e a questa si suole contrapporre la interpetrazione grammaticale, cosa che non si accorda perfettamente colla natura dei rapporti e con l'uso filosofico del linguaggio. Il formale ed il reale, «espressione» e «cosa» anche quì non sono bene contraddistinti; giacchè l'interpetrazione formale deve ben di fre-

Digitized by Google

quente cercare il suo punto d'appoggio nella interpetrazione reale.

Ann. Quale esempio di una interpretazione ampliativa, la quale dal forum esterno del diritto passa all'interno della coscienza, porteremo l'interpretazione di Lutero al Decalogo « Tu non ucciderai ». « Dobbiamo temere ed amare Dio » (ampliazione dal lato dell'impulso) « sicchè non dobbiamo recare verun danno o lesione al corpo del nostro prossimo » (ampliazione in tutto l'indirizzo del quale le parole del comandamento non designano che l'estremo) » ma anzi dobbiamo aiutarlo e giovargli in tutti i bisogni della vita » (ampliazione mercè il cangiamento del comando negativo in comando affermativo). In questo esempio si scorge l' impulso morale che parte dalla legge esterna. Chi s' immedesima collo spirito della legge, si sentirà necessariamente travolto in questo indirizzo. Però l'esempio di una interpretazione etica dimostra come l'interpretazione rigorosamente giuridica non possa così procedere.

L'interpretazione giuridica invece inclina a preferire il lato formale e logico al motivo etico.Un'esempio ne troviamo nella determinazione intorno al tutore. Istituzioni I, 22, 3 — Diges. XXVI, 8, 1. *Tutor auctor fieri in rem suam non potest.* Quale *ratio* di quest' aforismo giuridico si adduce comunemente, come da Vinnio ed Innecio, che pupillo e tutore valgono come una sola persona, essere quindi impossibile una lite fra loro, poichè altrimenti avrebbe luogo l'assurdo che nel medesimo affare la medesima persona fosse attore e convenuto. Questa conseguenza è giustissima; però l'eccezione ammessa (Dig. XXVI, 8, 1) dimostra già abbastanza che il primitivo motivo è da cercarsi altrove e piuttosto nei rapporti etici. Nella relazione tra tutore e pupillo, relazione tutta di confidenza, gl'interessi non debbono opporsi, e dev'essere respinto tutto ciò che sa d'egoismo.

§ 78. Stabilita nel sillogismo, rappresentato dall'applicazione del diritto, la proposizione maggiore, che è la determinazione legale, trattasi ora di determinare il rapporto della minore. Il contenuto di questa è il caso speciale (l'azione, il fatto), che si ha da giudicare. Per l' inerente sua natura particolare esso si troverà o in conformità o in contraddizione del dritto generale. Sarà quindi da questo lato a determinarsi la specie del caso

Digitized by Google

(*species facti*), affinchè si subordini in questo al suo genere e resti escluso da ogni altro; lo che avviene mercè un sillogismo affermativo o negativo. Mentre nella formazione della legge ha luogo la sintesi, in questo importantissimo atto della sua applicazione all'opposto ha luogo il metodo analitico, l'esame e l'analisi del caso per ricondurlo al suo principio, e nel diritto penale sino al più intimo motivo del proponimento e della intenzione (§ 64). Il sillogismo scolastico procede per lo più dalla maggiore; il sillogismo pratico parte al contrario dal caso speciale che eccita l'osservazione del diritto (*terminus minor*); di modo che il predicato della minore, trovato analiticamente, diviene il termine medio, traendo seco, come conseguenza, il concetto della legge coi suoi effetti (termine maggiore), se è affermativo, o respingendolo se è negativo; e ciò avviene, quello per conseguenza della prima e questo per conseguenza della prima e seconda figura.

La pruova indiziaria nel dritto penale fa parte del metodo analitico. Destinata a stabilire il motivo e la natura di un fatto, per esempio a trovare e convincere l'autore di un reato, essa agisce nei suoi fenomeni come effetti che si possono spiegare in connessione di determinate condizioni. Poche volte gl' indizi sono così specifici da appartenere esclusivamente ad un solo soggetto, sì da non potersi ammettere verun' altra possibilità. Nella incertezza di un fatto l'istruttore imagina varie possibilità che si prestino a rischiararlo, onde a poco a poco escludere quelle ipotesi che risultano impossibili dalla connessione dei fatti meglio conosciuti, e restringere sempre più la cerchia del possibile, finchè non si riduca che al reale. Le false ipotesi aprono la via al vero; poichè le possibilità escluse provano che ei non può essere altrimenti. Questo metodo indiretto, incominciato con prudenza e proseguito con acume, presta servizi importantissimi alla ricerca e alla ricognizione del fatto. Nei risultati della pruova indiziaria avviene ciò che avviene nelle teorie delle scienze naturali, le quali mercè i fenomeni (i fatti) immaginano la causa dalle tracce che essi lasciano. Il valore logico del risultato e il grado maggiore o minore di certezza debbonsi giudicare colle leggi logiche generali sulle ipotesi.

Digitized by Google

Ann. Risc. le *Logische Untersuchungen.* 2.ª Ediz. 1862. II. pag. 375. pag. 385.

La teoria logica degli indizii in rapporto al loro valore modale si trova brevemente e compendiosamente accennata in Aristotile. *Rethor.* I, 2. pag. 1327 a 33; e ciò che colà è distinto si può senza difficoltà ricondurre alle leggi delle conseguenze nelle tre figure sillogistiche. Risc. *Elementa logicae Aristoteleae* 6.ª Ediz. 1868 al § 37, e i « Comenti » 2.ª Ediz. 1871.

Rischiariamo l' indizio specifico con un esempio. In un assassinio , in cui si cerchi l' autore , le macchie di sangue sul vestito possono in concorso con altre circostanze rendere una persona sospetta; però un *alibi* constatato esclude il supposto autore. Il vestito macchiato di sangue è un indizio generale che ammette varie spiegazioni; laddove l'*alibi* ha un carattere specificamente negativo.

§ 79. Dal sillogismo si viene alla conclusione, alla pronunciazione della sentenza, mediante la maggiore e la minore, come conseguenza del diritto. Nel sillogismo giuridico, come in tutti gli altri, il legame necessario (la copula della conclusione) sta nel termine medio che lega il caso speciale alla legge, sia questo legame affermativo, che negativo. Quindi il quesito logico si aggira , particolarmente nella lite, sul termine medio della conclusione. Chi vuole rimuovere la conclusione, come il difensore , può o negare il termine medio, come si fa nelle contraddizioni, ovvero nel caso speciale cercare un altro termine medio in rapporto alla legge. Ciascuna parte litiga pel termine medio a se più favorevole.

In nessun'altra cosa la logica diviene così pratica e sensibile come nel diritto; il commerciante perde nella lite i suoi averi, la porta del carcere si chiude alle spalle del delinquente e il ferro della mannaia cade sul collo dell' assassino — tutto ciò in forza della definizione e del termine medio.

La decisione di un caso giuridico termina colla conclusione di un semplice sillogismo, colla sentenza. Siccome poi tanto la maggiore che la minore, per essere dimostrate giuste, hanno bisogno di precedenti conclusioni, così tutta l' esposizione della necessità giuridica, si va formando mercè questi prosillogismi fino alla conclusione, che n'è la meta (l'episillogismo dei precedenti).

Digitized by Google

A lato della prova diretta sta nell'applicazione, come nella formazione del diritto, la indiretta, la quale dimostra l'impossibilità del contrario. Essa sebbene non avesse la forza di stabilire un fondamento interiore, ha pure quella di avvertire le ingiuste conseguenze del contrario, ed è l'espressione logica della prudenza giuridica.

Nel diritto i sillogismi, che contengano un errore di forma o di sostanza, divengono parallogismi giuridici; e quando le conclusioni erronee sono scientemente e di proposito fatte per trarre in inganno, esse divengono sofismi giuridici, e cangiano il giurisperita in *rabula*.

Gli errori dei parallogismi e sofismi giuridici, come sarebbero le definizioni arbitrarie per eludere il termine medio della legge, le metafore in luogo della espressione propria, le finzioni in luogo dei rapporti reali dei fatti, le apparenti analogie, le *petitiones principî*, ecc., spesso si nascondono sotto la retorica dell'affetto.

Da quanto fin qui si è detto risulta che la cultura logica del giurista si manifesterà particolarmente nella precisa espressione dei suoi concetti e nell'abilità di riconoscere il principio generico della legge e di seguirne l'effetto fino alle più minute diramazioni; e viceversa di ricondurre mediante l'analisi il caso più concreto, che attraversa tutti i membri intermedii, al principio generale determinante.

Il giurista nella sua forma logica deve accoppiare l'esatta distinzione, la quale può condurre alle acutezze e alle minuziosità, alla ferma concezione del pensiero fondamentale, che deve soprastare alle distinzioni come il tutto alle parti, affinchè l'acume di colui che applica si accordi collo spirito della legge.

Se il giurista non si abitua a scorgere nel caso speciale il motivo interno del diritto ed a trarre da questo la legge che dev'essere applicata; non di rado avverrà che egli abbia dapprima in mente la legge generale e classifichi il fatto sotto quella che meglio a lui fa commoda, o che prima gli sia venuta in mente. In tal caso egli svisa il senso interno, e misura il fatto esteriormente secondo una regola, anzicchè trovare nell'analisi del fatto la regola necessaria, che gli è data dalla legge. Egli quindi

Digitized by Google

stiracchia il fatto per farlo entrare nella legge che ha in mente, anzicchè rilevare dal caso il principio generale, che in se racchiude.

La giusta applicazione della legge al caso speciale e la viva comprensione del diritto, come un tutto, è essenzialmente sottoposta alla condizione di ben concepire l'interno motivo etico.

Ann. Come esempio della esclusione del termine medio valga il seguente caso. Il codice penale punisce l'eccitamento all' odio contro un ordine costituito dello stato. Ora sarà egli da riguardarsi come eccitamento contro di un ordine l'articolo di un giornale, che esponga al pubblico disprezzo un partito, al quale appartiene un ordine, per esempio la nobiltà? In questo caso mentre da un lato chi chiede la condanna dell' articolo in parola dovrà provare che nei rapporti reali veramente coincidono il partito e l'ordine e che sotto il nome partito si è inteso appunto l'ordine; dall' altro lato si farà valere la differenza essenziale fra partito ed ordine, affinchè i due concetti si escludano a vicenda, e l'analogia sia resa impossibile. Il seguente caso mostra come si possa chiedere un termine medio più mite. La falsificazione di un biglietto di teatro deve riguardarsi come falsificazione di un atto pubblico, oppure come una truffa comune? La decisione dipenderà dal concetto che si ha dell'atto pubblico.

Ger. Bentham nella sua opera « Tattica delle assemblee legislative » (pubblicata per la prima volta in francese da Dumont 1817) ha trattato dottrinalmente nella seconda parte i sofismi politici e nell'appendice i sofismi anarchici.

§ 80. Dopo di aver descritto nell'applicazione della legge l'ufficio logico della definizione e della cupula, non si deve trasandare di porre in luce un particolare effetto etico della medesima. Se il giudice dovesse in ogni caso particolare trovare il diritto per modo, che dovesse giudicare il caso che gli viene sottoposto senza l'intermedio di una legge già esistente, ossia senza di un termine medio necessario, quindi dovesse condannare od assolvere l'accusato soltanto dall'esame concreto; egli è certo che dei rapporti accessorii del caso agirebbero altrettanto po-

Digitized by Google

tentemente nella decisione, che l'essenza stessa della cosa; e quindi i motivi della sentenza sarebbero troppo facilmente l'eco delle impressioni appassionate, come dell'amore o dell'odio del giudice; e l'impulso della sentenza, sia apertamente che velatamente, sarebbe più la persona che la cosa per se stessa. La legge, mettendo tra il caso speciale e la sentenza, tra la persona e la condanna o l'assoluzione un termine medio necessario, il quale esige che a lui solo, come a giusta stregua, si soddisfi; fa sì che le attività logiche, definizione e relazione, la vincessero sopra le impressioni sensibili, che ora impiccioliscono ed ora ingrandiscono, come pure sopra le illusioni della passione. La quistione da personale diviene reale; e al di sopra dell'accessorio, che voleva farsi valere, sebbene indeterminatamente ed oscuramente, si eleva l'essenziale con contorni ben determinati. Le attività dell'intelletto impegnate in tale operazione agiscono già di per se sulle impressioni appassionate dell'anima. La relazione logica, in quanto viene subordinata all'etica, ha una forza educativa.

Ann. Se Platone, riguardando al sano costume, voleva poche leggi e riteneva come segno di corrotta città l'abbondanza di medici e di leggi; Aristotele per lo contrario richiedeva, allo scopo di avere l'amministrazione giuridica esente da passione, che le leggi, quanto più possibilmente numerose, stabilissero le generali determinazioni (*Politi*: III, 15, 16; *conf. Retho.* I, 1). Dopo di aver designata la giusta autorità reale come tutrice della legge, ei soggiunge: « chi richiede il dominio della legge, richiede il dominio di Dio e della ragione; chi per lo contrario richiede il dominio dell'uomo, vi aggiunge un bruto, perciocchè l'appetito è animale, e la passione acceca anche i migliori uomini, quando sono al potere. La legge è la ragione senza passioni » (Polit. III, 16. pag. 1287 a 28).

§ 81. La Procedura che è destinata a provare il diritto in ciascun caso, si rivela nelle sue forme e nei suoi stadi in due momenti, nella istruzione e nella sentenza. Il metodo processuale ha il suo lato logico e psicologico, obbiettivo e subbiettivo, all'istesso modo di ogni altro metodo, il quale è determi-

Digitized by Google

nato parte logicamente per la natura dell' oggetto, parte psicologicamente per lo scopo di allontanare gl'impacci che si oppongono al pensiero nella ricerca della verità, siccome pregiudizii, passioni, ecc.

Il processo deve stabilire la verità del fatto, rischiarare il diritto, che è oscuro, e rafforzarne la coscienza. A tal uopo vengono in aiuto del lato logico i mezzi di pruova; i quali si presentano nel processo penale nella istruzione, nell' accusa e nella difesa, e nel processo civile nell'azione e nell'eccezione *(postulatio; actio* e *exceptio, replicatio* e *duplicatio),* e si estendono al giuramento, che è la conferma più intima della coscienza religiosa. Dai riguardi psicologici all'incontro derivano tutte la precauzioni che si prendono per proteggere la verità contro il timore o la speranza degli uomini, a promuovere nelle parti o nell'accusato la manifestazione del vero, e a preservare il giudice dallo spirito di parzialità e dalla sconsideratezza, come pure dall'intimidamento e dalla corruzione, cioè a dire dalle male influenze dell'amore e dell'odio, del timore e della speranza. Poichè col metodo processuale si deve rilevare la verità non già per via di osservazione e di esperimento, come fanno le scienze naturali, ma sibbene, col scevrarla dall'egoismo dell'uomo, dai suoi appetiti e dalle sue passioni, e in particolare dal più potente degli affetti, da quello cioè della paura; ne segue che il metodo dovrà essere diretto tanto nel suo andamento generale, che nelle particolari applicazioni —come lo esercita ad un tempo il giudice istruttore—da grande e sperimentata prudenza. Il principio psicologico ed etico in ciò devono andare di concerto. E quindi i mezzi psicologici, disapprovati eticamente. come sarebbero la tortura, i replicati giuramenti, le artificiose suggestioni, sono incerti anche psicologicamente, massime se si considerano nei loro effetti non solo nei casi speciali, ma anche generalmente. Se nella procedura si coglie lo scopo interno. la verità del fatto e l'equità del giudizio in un modo perfettamente corrispondente al senso del vero e del giusto, e ciò così negli organi personali del diritto, giudice e difensore, come nelle singole forme ed azioni di essa; si viene a formare la

Digitized by Google

vera dignità etica della procedura, e, qual effetto, si produce nel popolo il sentimento del dritto.

La tortura, oltre all'essere una tirannica crudeltà, è notevole esempio di un controsenso logico, che si è mantenuto per secoli mercè il pregiudizio e la passione degl'inquisitori, i quali prendono il semplice dir di no per una formale denegazione, e la denegazione per menzogna, che essi punivano senza altra ed ulteriore pruova, considerando che la confessione del colpevole ottiene fede di verità; poichè secondo la legge della propria conservazione, la più elementare nella psicologia, si presuppone che nessuno possa deporre contro se medesimo per esporsi all'infamia o alla pena. Ma nella tortura, il sentimento della conservazione di se è vinta dall'estrema paura, e con ciò è tolta la base logica della confessione; la volontà e l'intelletto sono in tale stato che non si può più sapere, se il torturato possa o voglia ancora dire la verità.

Nel processo civile, dove non si tratta di scoprire una colpa e di far cessare una infrazione della legge, ma sibbene della opposizione soltanto di due parti, i riguardi etici limitano il metodo logico e psicologico per mettere in chiaro la verità. Perciocchè il giudice non deve sembrare parziale, nè mercè inopportune ricerche rendere la lite più viva ed ostinata, invece di comporla (conf. § 191).

§ 82. Noi vogliamo ancora porre in chiaro i metodi che sono comuni all'origine e all'applicazione della legge. Gl'istituti giuridici e l'amministrazione della giustizia non di rado vengono messi sopra una via (nei mezzi necessarii dei loro organi), la quale per se non corrisponde alla rigorosa unità che deriva dalla profonda osservazione del tutto. Se nella legislazione sono necessari dei corpi consultivi e giudicanti per gli scopi molteplici e generali, come senati, parlamenti e commissioni, o dei tribunali per l'applicazione di dritto; ne deriva un compito logico speciale di unire le più svariate opinioni in una sola volontà per la migliore conclusione di cui essi sieno capaci; e quindi di portare alla più pura espressione quella volontà, che nell'assemblea poggia su di una opinione, che ha per se una maggioranza relativa. Da ciò nasce il metodo delle votazioni (la guida

Digitized by Google

« della sapienza collettiva »). Nelle assemblee legislative il metodo tende a dare alla migliore risoluzione, di cui esse sieno capaci, come un tutto, il punto d'appoggio e la forza di una volontà possibilmente una ed omogenea. Il metodo con cui si raccolgono i voti ha un'analogia coll'Induzione, quando si risponde ad una sola domanda per sì e per no; ed un'analogia colla prova indiretta in un giudizio disgiuntivo di vari membri, quando si tratta di scegliere fra varie proposte. Dove per giungere ad una decisione comune si cerchi un accordo di voti, importa essenzialmente che nel giudizio disgiuntivo vi sia una tale gradazione ed un tal ordine di successione, che nella votazione venga prima deciso per ciascun votante ciò ch'egli vuole in prima linea, e poi ciò che egli è disposto a concedere in seconda e terza linea; che per conseguenza nell'ordine delle domande ciascuno trovi la possibilità di far valere prima di tutto la sua propria volontà e di passare alle possibili concessioni soltanto, allorchè quella non passi. Perchè il risultato sia la pura e giusta espressione del convincimento generale, in questo compito logico non solo la generalità, ma ciascun individuo dovrà aver cura che rimangano esclusi gli affetti, le simpatie, i timori e le speranze, e che un sicuro giudizio si renda possibile nell'intima libertà dell'animo. Questo compito psicologico ed etico deve stare accanto al logico. La subordinazione alla volontà della maggioranza, come fosse volontà di tutti, è basata essenzialmente sul presupposto che in quella volontà siasi manifestata la opinione relativamente migliore, di cui il tutto, come tale, sia capace; e da ciò si rivela l'etica importanza di quel metodo logico, sebbene esso non sia che ausiliario in quella difficile presupposizione.

Parimenti alla induzione la decisione per pluralità di voti è sottoposta al calcolo delle probabilità 1), e la « sapienza collettiva » rivela in ciò la sua debolezza. La probabilità che un'assemblea approvi il più giusto e il meglio mediante la pluralità

1) Condorcet *essai sur l'application de l'analyse à la probabilité de décisions rendues à la pluralité de voix.* Parigi, 1785.

Digitized by Google

di voti, non si accresce pel numero dei membri, a meno che non potessero essere tutti supposti egualmente savi ed egualmente austeri di carattere; anzi essa diminuisce tanto più, quanto in maggior numero si accrescono i meno savi e i titubanti. Il sicuro successo della verità è possibile soltanto in quelle assemblee in cui il numero dei membri non è maggiore del numero dei savi; dove essa venga così misurata e determinata, che i molti lati particolari di un ente, come ad esempio della legislazione, sieno prudentemente e sicuramente rappresentati sulla base dell' universale 1).

Nel metodo di trattare gli argomenti è dovere, per assicurare le necessarie condizioni logiche ed etiche di una giusta votazione, di proteggere le minoranze nei mezzi coi quali essa possa procurare il necessario rispetto all'espressione delle sue idee e di difendere l'onore della vinta minoranza; altrimenti la maggioranza diventa despota dell'assemblea. Dove i partiti comprendono bene il proprio vantaggio e quello del tutto, ivi essi combattono tutti per la stretta osservanza dell'ordine, che sta al di sopra dei partiti e che in vari casi fu la vera tutela del vero e rese possibile la futura vittoria della ragione. Riconoscendo i logici difetti insiti anche al miglior metodo di votazione, l'ordine non offende mai il rispetto delle minoranze.

In mezzo alla rigorosa logica del diritto si fa luogo un modo di decisione che è veramente l'opposto di ogni logica; in mezzo al sistema del diritto, il quale è un sistema della volontà, si fa innanzi un mezzo che esclude ogni volontà — vogliam dire la Sorte, qual mezzo per decidere, quando gl' interessi umani sono intrigati, nè possono distrigarsi non essendovi alcuna volontà, cui spetti il diritto di preferenza.

La sorte, che troviamo registrata fin nella più remota antichità, contiene primitivamente l'idea di una decisione della divinità. Nell'Illiade gli Achei, quando gettano la sorte, rivolgono a Giove le loro preci per ottenere ciò che implorano (III,

---

1) Risc. la dissertazione dell' autore: *über die Methode bei Abstimmungen*, 1850.

Digitized by Google

320, VII, 179). In Atene al tempo di Teseo si concedevano gli uffici mediante la sorte; e Platone lascia alla sorte l'elezione dei sacerdoti, onde rimetterla alla volontà degli Dei. (Legislazione VI, pag. 759 6). Gli antichi tedeschi pregavano gli dei prima di gettare la sorte (Tacito, Germ. cap. X). Nei *Proverbi* XVI, 33, è detto: « la sorte viene gettata nel grembo, ma essa procede dal giudizio del Signore ». Nel Medio Evo la sorte apparisce come un giudizio di Dio fino nel dritto criminale. Oggidì presso gli Anabatisti praticasi l'uso della sorte, all'istesso modo che praticavasi per la elezione di un apostolo (*Acta* I) dopo di avere invocato lo Scrutatore dei cuori. Anche Lutero dice: « perchè nella sorte non si vota per colui che debba essere eletto, ma si rimette al libero volere di Dio ». Secondo il suo concetto la sorte è l'imprevedibile all'umana intelligenza. Si esclude a vero dir che l'uomo possa conoscere il nesso fra causa ed effetto, ma non si esclude con ciò la causalità naturale, sì che nella sorte fosse il voler di Dio quello che decida. Ma nel dritto non potè sostenersi l'idea della sorte come un giudizio divino. L'imperatore Rodolfo II in una istruzione dell'anno 1606 1) chiede se non fosse possibile in un litigio da lui designato di condurre la cosa in modo « che ella fosse affidata ad una sorte non sospetta, per modo che ciascuna parte fosse contenta di ciò che a lei darebbe la fortuna ». La sorte non sospetta non è altro che un evento già predisposto, perchè altrimenti il chiedere da essa la conoscenza, sarebbe come il domandar la vista al cieco; nè devesi dimenticare il detto della Sacra Scrittura « tu non tenterai il Signore tuo Dio », quando per incuria o per follìa si affida alla sorte ciò che dovrebbe ricercare e decidere soltanto l'intelligenza o il sentimento del giudice. Nel diritto la decisione dipende dalla distinzione; nella sorte, invece è la distinzione che dipende dalla decisione.

Da quanto si è detto chiaro si mostra in quali casi non si debba ricorrere alla sorte. Nessuno può essere obbligato in una

---

1) Homeyer, *über das Germanische Losen*. Rapporto mensile dell'Accademia delle scienze 1853, pag. 762.

Digitized by Google

causa civile di affidare alla sorte il suo diritto, e nelle cause penali la colpa o l'innocenza non può essere determinata dalla sorte, la quale è cieca nella sua distinzione.

E nondimeno non tutte le cose umane possono sottrarsi alla sorte, che decide non decidendo. L'uso di essa poggia sul presupposto del reclamo di diritti assolutamente eguali, a cui appunto per la loro eguaglianza non è possibile dare una ben fondata preferenza. La cieca sorte, decidendo senz' amore e senza odio, previene le passioni (invidia, livori, parzialità). Nessuno può prendersela colla sorte: e sta scritto nel libro dei Proverbi XVIII, 18: « la sorte attutisce la rissa e separa i potenti che sono in lotta ». Nel caso che tutti abbiano un eguale dovere e che non tutti possano essere chiamati ad adempirlo, come avviene nella leva militare, il sorteggio è ben applicato. Anche nei casi di eguale colpabilità, e dove la punizione di tutti sia impossibile, si è adottato di ripiego il sorteggio; ma in questo caso in luogo del sentimento di giustizia si eccita quello della compassione verso la vittima della sorte. La democrazia, la quale attribuisce a tutti, eguali e non eguali, i medesimi diritti, ama la sorte, rinunzia nelle elezioni all' intelligenza e si lascia reggere dal caso, solo per conservare il sentimento dell'eguaglianza.Socrate fu tra le altre accusato di chiamare una costituzione di pazzi quella che eleggeva i suoi reggenti per via della sorte. Qualunque istituzione, che richiede il frequente uso della sorte, contiene in se qualche difetto. Nella elezione dei giurati, come giudici, l' uso del sorteggio è egualmente inevitabile a fine di escludere sia l' influenza del governo che li renderebbe dipendenti, sia l' elezione popolare, la quale metterebbe i giurati in balìa dei partiti politici; a meno che non si formassero i tribunali dei giurati da giudici inamovibili, la cui cultura civile e la cui coscienziosità darebbe forse la migliore garenzia contro gli accennati pericoli.

Si ricorre alla sorte in taluni casi per servire all' imparzialità; come avviene,quando una numerosa assemblea, come sarebbe la camera dei deputati, ha bisogno di suddividersi per abbondanza di affari e particolarmente per rendere possibile le elezioni delle commissioni. La scelta di tali suddivisioni per no-

Digitized by Google

mina del presidente, eletto dal principe, è inerente alla monarchia, e sembra che contraddica all'indipendenza della assemblea; laddove il modo opposto, ossia la nomina per sorteggio, è proprio della istituzione democratica. Diffidente la democrazia di ogni elezione, quasicchè fossero necessariamente partigiane, ella preferisce affidarsi al cieco caso ; e le suddivisioni riescono eterogenee e discordanti. Mentre sarebbe utile, che vi si trovassero possibilmente rappresentate in ciascuna commessione le cognizioni , le capacità e l' esperienza dai distinti e speciali affari richieste a recar loro lumi particolari, può avvenire per via del sorteggio, che in una delle suddivisioni si accumulino le capacità richieste per un'altra e viceversa. Con ciò le commessioni, importanti, poichè preparano le decisioni definitive , riescono inevitabilmente composte assai peggio, che non lo richieda l'interesse della radunanza , perchè in alcune restano esclusi uomini prestanti , in altre s' introducono delle mediocrità , e in queste e in quelle non vi sono gli uomini speciali. I naturali fattori non sono quindi uniti in quella guisa, in cui potrebbero unirsi per la migliore riuscita dell'opera, se nella formazione delle suddivisioni non fosse stata di base alle elezioni la cieca sorte. Cotesta democrazia della sorte col suo falso livellamento è nell' ordinamento delle assemblee politiche effetto di diffidenza e non deriva da nessun principio etico. Fra l' estremo assolutismo e l'estremo democratismo vi ha pure un medio ragionevole. La camera scelga ponderatamente l' uomo più adatto, l'uomo che maggiormente goda l'universale fiducia a suo presidente, e confidi in seguito alla sua intelligenza e alla sua coscienza la elezione delle commessioni, le quali riesciranno meglio , che se fossero affidate alle tendenze partigiane , o alla elezione della maggioranza per maggioranza di voti. Quando l'elezione delle commessioni spetti al presidente, e si rendono necessarie per esaminare dei progetti presentati, sarà evitato l'inconveniente che le elette intelligenze della minoranza, le quali nelle suddivisioni restano assorbite dalla maggioranza, sieno escluse dalle commessioni, nelle quali è importante che l'argomento sia ventilato sotto ogni aspetto, e per tal modo non re-

Digitized by Google

stino infeconde le capacità spesse volte più notevoli dell'assemblea.

§ 83. Dalla relazione logica della legge deriva ancora il concetto etico dell'Equità. L'origine di questa riposa, come un complemento, nel bisogno di togliere un qualche difetto inerente o annesso alla legge generale. La previdenza della legge, mentre riguarda i vari casi della vita, non può giungere nelle disposizioni generali a calcolare tutti i casi speciali che si vanno sviluppando nelle forme individuali sempre svariate e nuove. Oltracciò l'espressione generale facilmente non è precisa; per cui non di rado avviene che, stando rigorosamente alla parola, qualche caso cada sotto la giurisdizione della legge, laddove secondo il suo senso vero non dovrebbe appartenervi. In tale circostanza l'equità è la giustizia del senso proprio contro la giustizia della lettera. Secondo l'antica definizione aristotelica l'equità è la rettificazione di ciò che, pur essendo legalmente giusto, non vien compreso nella generalità della legge. Con questa definizione dell'equità la legge positiva rimane quale norma nel significato della sua intenzione e non della forma. L'equità, volendo completare la legge, compilata ora ampiamente, ora ristrettivamente, va soggetta ai pericoli della interpetrazione, che è pure ampliativa e restrittiva (§ 78). Se l'equità, in un significato più astratto, cerca di far valere la ragione del diritto naturale contro il senso della legge positiva, essa abbandona l'applicazione del diritto formale (§ 49), ed entra nel campo delle speculazioni legislative.

Dalla necessità etica dell'equità provvengono, in quanto il diritto garentisce la moralità individuale, certe forme di diritto, quali sono la grazia, la dispensa, la *restitutio in integrum* ecc. Non di rado però la grazia *(clementia)* riesce contraria al diritto *(iustitia)* e all'equità *(aequitas)*, e diventa con ciò arbitrio del principe. Il diritto di grazia, preso in senso etico, significa la rettificazione individuale della lettera che uccide; ed è il benefizio generale d'una giustizia vivificatrice.

Poichè ciò che si è detto rispetto alla rettificazione individuale della legge vale anche pel contratto, (legge liberamente stabilita fra le due parti), colla sola differenza che le parti contraenti, quali legislatrici, dovranno rettificarla esse medesime o

Digitized by Google

riconoscere la rettificazione di un terzo; così dall'istesso principio ne deriva nel diritto privato la necessità degli arbitri (« Teidingsleute ») (conf. § 50 in fine).

Se l'ingiustizia deriva da tre fonti, dalla prepotenza egoistica, dai subdoli intrighi sotto il manto della legge o dalla soverchia severità della legge stessa 1); ne consegue che in opposizione alla prepotenza egoistica varrà il contenuto di ogni buona legge, in opposizione al maligno intrigo l'interpetrazione, che veglia sul senso della legge e delle forme, e contro l'involontaria severità della legge stessa le istituzioni dell'equità.

Anm. L'equità incomincia là, dove è applicabile l'antico adagio romano *summum ius, summa iniuria* (*summum ius, summa crux*). Lutero nella sua esortazione ai parroci di predicare contro l'usura (1540) dice: « *enges Recht, weit Unrecht* » (Dritto stretto, ingiustizia larga); « *allzu scharf wird schärtig* » (chi troppo l'assottiglia, la scavezza). Come nella formazione del diritto l'equità stia in correlazione della stretta giustizia viene tra le altre dimostrato dalla conseguente origine del *ius praetorium* delle XII Tavole. I commendatori giuridici nella definizione del diritto pretorio nelle Pandette secondo Papiniano si sono con buon fondamento riferiti alla classica definizione filosofica dell'equità secondo Aristotile. Diges. I. 1, 7. (*eth. Nic.* V, 14, p. 1137 a 31, specialmente *b* 12, risc. *reth.* I, 13, p. 1374 *a* 24 e seg.). Ugo Grozio nel suo trattato *de aequitate, indulgentia et facilitate* ha sviluppato il concetto aristotelico. (Questo trattato trovasi in fine dell'opera *de iure belli ac pacis, libri tres*, pubblicata la prima volta nel 1625).

Poichè l'azione in cui si manifesta la giustizia è sempre individuale, soggettivamente ed obbiettivamente considerata; così fu presto sentita l'ineguaglianza fra la legge universale e l'individuale. Egli è perciò che Platone in un luogo dell'*Uomo di Stato* (pag. 294 e seg.) ha posto a norma del vero giusto la sapienza del re in luogo della rigida legge, la quale tratta il molteplice e vario della vita con una semplicità senza riguardi. Lutero nel suo trattato sull'Auto-

1) Secondo Bacone *de augmentis scientiarum* VIII, 3: *Triplex est iniustitiae fons, vis mera, illaqueatio malitiosa praetextu legis et acerbitas ipsius legis.*

Digitized by Google

torità politica dice: « per ciò appunto il principe deve tenere in sua mano la giustizia come una spada, e misurare colla propria intelligenza quando e dove la giustizia sia da esercitare con rigore, e quando con mitezza, per modo che la ragione governi sempre al di sopra del diritto, e rimanga il vero supremo diritto e la padrona di ogni diritto ». Nell'istesso senso Leibniz identifica la giustizia col *vir bonus. Iustitia est habitus (seu status confirmatus) viri boni* ; ed aggiunge: *Sapienter ICti Romani legibus indefinibilia remittunt toties ad arbitrium boni viri, quemadmodum Aristoteles in Ethicis omnia regulis non comprehendenda ad arbitrium prudentis* , ὡς ἂν ὁ φρόνιμος ὁρίσειεν (confr. *eth. Nicom.* II, 6, pag. 1107 *a* 1). Vedi la *definitio iustitiae universalis* di Leibniz nelle *historische Beiträge zur Philosophie* dell'autore V. II, pag. 265 e seg. Alla giustizia, misurata a rigor di legge, sta opposto il fondamento dell'equità nel sovraccennato rapporto.

Digitized by Google

Digitized by Google

PARTE SECONDA

Relazioni di diritto derivanti dal Principio.

§ 84. Esaminato il Principio del Diritto, riman' ora a trarre da esso tutta la serie dei dritti speciali (§ 84). Intanto poichè il Diritto acquista forza là soltanto, dove si sono formati de'rapporti etici, affine di tutelarli nel loro scopo interno; ne avviene ch'esso non può altrimenti riconoscersi,che mercè la realizzazione dell'idea etica (§ 34, 35). A tale scopo il Principio generale deve informarsi ai particolari empirici, che ora dipendono da condizioni naturali, come dal clima, dalla razza, ec., ed ora da condizioni storiche, come dalle utili invenzioni, dal grado della vita economica, ed in generale dallo stato di civiltà. Al Diritto naturale non può quindi spettare altro compito, che di riflettere nelle disposizioni particolari il Principio generale, in quanto esso deriva dall'idea etica e dalla natura psicologica dell'uomo, ed in quanto forma ciò che v' ha di permanente ed invariabile nelle varie forme e misure della realizzazione; e di dimostrare come nella diramazione de' rapporti , nelle sfere particolari e nel sempre variante materiale si sviluppi pur sempre il medesimo fondamento ideale, il Diritto.

Dall'idea de' rapporti morali si deve far derivare il diritto che li garentisce (il Diritto nel suo senso obbiettivo); e dall'idea dei rapporti individuali, che ha i suoi organi particolari nelle persone, il diritto che a queste si compete (il diritto nel suo senso

Digitized by Google

subbiettivo (§ 45). E poichè i motivi della coercizione, per repristinare il diritto dove sia stato leso, hanno la medesima origine che il diritto stesso, ne consegue che in una esposizione genetica il diritto penale non può comprendersi e trattarsi separatamente, come si suol fare, estrinsecamente riguardandolo; ma deve annettersi, come conseguenza, alla determinazione de' vari rapporti di diritto.

Dove i fini interni determinano un diritto speciale, deve pur determinarsi in qual misura abbia luogo la violazione di esso diritto e l'ostacolo al raggiungimento di tali fini, e quindi in qual misura il Diritto debba reagire contro tale violazione. Geneticamente considerato adunque, il diritto penale s'intreccia al diritto generale in tutte le sue varie sfere.

Come la parte analitica ebbe a premettere date leggi e un dato diritto per scoprirne la origine etica e rilevarne il Principio motore; così pure la parte sintetica non può tanto emanciparsi dai dati, da imprendere a derivare dal solo Principio del Diritto tutte le determinazioni di questo, tanto vaste e intralciate. Tale impresa disconoscerebbe la natura dello sviluppo, perciocchè ogni principio ha bisogno di elementi esterni, analoghi alla sua natura, che gli diano eccitamento, simile in ciò al seme, che resta inoperoso, finchè non sia rimesso in condizioni che favoriscano la sua germinazione e il suo sviluppo. In questo senso la sintesi ha bisogno di condizioni empiriche, e rifiuta le combinazioni puramente *a priori*. Quello che importa si è che il principio generale si manifesti in tutta la sua forza nei particolari derivati, e mostri com' esso compenetri il concreto in tutta la latitudine di questo.

L'idea filosofica, che nel diritto cerca la guarentigia delle condizioni esterne in accordo con la moralità, deve condurci a comprendere il diritto d'ogni tempo e d'ogni grado di coltura in relazione all' idea della morale, cui in quel tempo si era giunti; e a comprendere il diritto attuale in relazione all'idea della morale che gli dà impulso. Noi vediamo nella stessa storia del diritto ognor più svilupparsi l'idea etica verso la sua perfezione: onde sarà compito d'una Filosofia del diritto storico di rilevarne cotale tendenza (§ 48).

Digitized by Google

Tutt' i singoli gradi di essa idea hanno la loro ultima misura nell' unità etica, ossia in ciò che costituisce dell' individuo e dello stato un vero uomo. Ci volle gran tempo, perchè tale idea, in principio appena intravveduta, giungesse nell'umanità a divenire coscienza comune.

§ 85. Ogni dritto, organicamente ed eticamente considerato, poggia sul presupposto di un Tutto, formato nella comunanza sociale (§ 18, 36). Da questo Tutto deriva l'Organamento, come dagli individui l'Afforzamento (§ 36). Se pertanto, allo scopo di avere un sicuro punto di partenza ed un chiaro prospetto dei rapporti di dritto, incominceremo da quelli degl'individui, vuolsi ben notare che i dritti individuali per sè non sono che una semplice rappresentazione, e che anzi nulla sono e nulla hanno, che non siano ed abbiano in forza del Tutto comprensivo, il quale unisce la forza al dritto e il dritto alla forza. Il tutto originario, in cui ben tosto il capo si distingue dai membri, e che perciò diviene la prima fonte d'ogni rapporto di Diritto, è la famiglia. La Famiglia si completa nella Comunanza sociale, questa nello Stato, e quest' ultimo nel sistema degli Stati; ed è tacita, ma assoluta condizione, che dove si tratta di diritto, l'inferiore sia subordinato al maggiore. Si potrebbe pertanto immaginare un trattato genetico di Diritto che incominciasse dalla Famiglia, come origine primitiva d'una comunanza di diritto. Nondimeno, poichè l' individuo è il soggetto più semplice, che si trovi investito di diritti, crediamo facilitarne il prospetto, incominciando dal più semplice, e facendo precedere i rapporti di diritto dell'individuo, quale elemento d'un tutto subordinato, per giungere poi a de' tutti sempre più alti e comprensivi.

Digitized by Google

A. *Relazioni di diritto dei singoli.*

a. *Persona.*

§ 86. Dal concetto generale dell' uomo deriva per l' investito di diritti (*subjectum juris*) il concetto particolare della Persona. L' individuo, capace di diritto, chiamasi **persona**; e il diritto sotto tale aspetto si prende nel suo significato subbiettivo (§ 45); poichè in se racchiude il dritto di esigere certi doveri dagli altri e dal tutto, il quale ha il dritto di prestare o di concedere alcuna cosa. In questo senso tutt'i diritti sono personali, anche quando cadono più propriamente sulla cosa, p. e. sulla proprietà d'un oggetto. In senso etico l'idea di persona è costituita dalla destinazione alla moralità individuale (§ 35, § 37); e poichè non può darsi personalità che nella comunanza, — perocchè l' Io non si forma che quale contrapposto al Tu— così egli è il diritto in generale (nel senso obbiettivo) che garantisce le condizioni per questa idea della persona. I diritti della persona, che vengono riconosciuti nei doveri degli altri o del Tutto, p. e. i diritti della persona alla proprietà, al contratto, ec., si basano, se li riconduciamo al fondamento etico, appunto sulla destinazione alla moralità individuale. Le condizioni della loro realizzazione nella comunanza sono in parte garentite dalla legge, in parte dalla legge protette, come cose lecite (§ 44). Cotali diritti quindi si concretizzano, penetrando in tutte le sfere della comunanza sociale. In essi consiste la **libertà** personale.

Ann. Persona accenna nel suo significato proprio a ciò che nell'umana fisonomia v' ha di particolare e d'individuale, e resta stabilmente a contraddistinguere l'individuo dalla generalità; nel traslato designa primitivamente, come pei retori, i rapporti che da altri individui contraddistingue un individuo, immaginato come un Tutto (*ut Hector ad Priamum persona filii est, ad Astyanactem persona patris, ad Andromachen persona marili, ad Paridem persona fratris, ad Sarpedonem amici, ad Achillem inimici*). Da ciò ha origine il significato distintivo

Digitized by Google

del rapporto giuridico. *Persona est homo statu civili praeditus*, onde lo schiavo non è persona. Poichè nei diritti della persona si manifesta la volontà esclusiva, così il linguaggio ha tratto un novello uso da tale rapporto generale. *Persona est, cuius aliqua voluntas est.* Leibniz nella sua definizione aggiunge: *Seu cuius datur cogitatio, affectus, voluptas, dolor.* In un significato analogo è usata tal voce dai teologi (*personae distinctae* nella Trinità, negli Angeli), e più tardi dai filosofi (p.e. nell'ipotesi panteistica dalla Ragione impersonale). Storicamente questa parola dal campo giuridico, dove *persona* acquistò un senso tecnico e proprio, passò all'etico; dal significare la capacità giuridica, per cui ella fu stabilita, passò a dinotare la base, per cui principalmente la volontà è riconosciuta, cioè alla determinazione etica, al pensiero d'uno scopo autonomo. Ciò avvenne specialmente per opera di Kant; e dacchè egli stabilì la volontà intelligente, come centro della morale, crebbe l'importanza della *persona*, poichè secondo lui nella personalità risiede la dignità umana. Confr. *Metaphysik der Sitten*, 1797. p. 140. L'interpetrazione psicologica, la quale non può comprendere la persona altrimenti che come potenza cosciente d'una causalità, riman quì deliberatamente esclusa.

§ 87. L'individuo per sè non è persona; ma lo è solo nel Tutto etico. Nel concetto di Organismo in generale i membri sono scopo e mezzo tanto reciprocamente fra loro, che rispetto al Tutto: onde già da questo concetto generale consegue, se riferito ad un tutto morale, che i diritti sono correlativi dei doveri. Nei diritti che l'individuo ha, ei si vede relativamente riconosciuto come scopo; e nei doveri ei riconosce sè e le sue azioni come mezzi. Nel concetto dell'organismo etico questo rapporto di reciprocanza è elevato e limitato in un modo tutto particolare; conciossiachè la parte come il tutto racchiudono in sè la destinazione dell'umano (§ 35 e seg): e più propriamente la parte comprende quella destinazione alla moralità individuale, per la quale, sebbene ella non sia che un mezzo nel Tutto, rimane pur sempre persona, nè può a veruna condizione divenir cosa.

È proprietà caratteristica dell'organico, che il Tutto preceda le parti, le quali non nascono e non si mantengono che in lui. La conservazione del Tutto è quindi una premessa necessaria per la parte; donde deriva a questa il dovere di sacrificarsi

Digitized by Google

pel Tutto, e al Tutto il diritto di disporre della parte, come n' è esempio il diritto dello Stato sulla persona pel servigio militare. I diritti della persona e i diritti del tutto non possono esistere che limitandosi a vicenda (§ 40).

Egli è di grande importanza il riconoscere, che dall' idea del Tutto i diritti e i doveri nascono gemelli, e che gli uni debbono sempre corrispondere agli altri in giusta proporzione. Quando la reciprocità delle parti col tutto, che trovasi in ogni organismo, sia elevata al principio etico, questa necessità si riconosce ben tosto, ed è su essa che riposa la moralità d' ogni professione, d'ogni associazione e persino il benessere e la durevole esistenza degli stati. L'egoismo cerca continuamente di dissolvere questa unità di reciprocanza e l' eterna proporzione tra doveri e diritti, ora negli uffici e nelle classi sociali ed ora nella distribuzione delle imposte, del potere e degli onori; poichè l'uomo della natura, spinto dall'egoismo, cerca in tutt'i suoi rapporti di attribuire a sè la maggior somma di diritti, e di addossar agli altri la maggior somma di doveri. Dove più non si cerca di pareggiar i doveri ai diritti, o dove tale parità viene impunemente infranta, colà si offende il rapporto fondamentale della giustizia proporzionale, e si gettano tacitamente i germi delle rivoluzioni.

§ 88. Sotto il nome di diritti innati (diritti dell'uomo, diritti primitivi) usualmente si comprende una somma indeterminata di postulati, aventi lo scopo di garentire e conservare all'individuo le condizioni del proprio sviluppo, e nominatamente l'inviolabilità della vita e del corpo, il diritto di libertà personale, il diritto di libertà civile e politica (eguaglianza dinanzi alla legge), il diritto di libertà di coscienza, il diritto al proprio onore (quindi a non subire delle pene infamanti), e persino il diritto ai mezzi di sussistenza e di ozio.

L'idea di tali diritti primitivi ha un valore ideale, poichè accenna alla meta, cui deve tendere la comunanza unitamente all'attività individuale, e mostra al Tutto la meta del proprio diritto e la cura di se stesso.

Ma il concetto e la base di cotesti diritti primitivi non sono ben chiari.

Digitized by Google

Credesi comunemente che i diritti innati derivino dal concetto inalienabile della persona, come tale; mentre non è così, perciocchè nè dalla sola idea degli uomini, presi individualmente, nè dalla sola idea del Tutto (dello stato) possono derivar dei diritti, essendosi già detto come in tutt' i diritti l'indirizzo verso l' individuo e l' indirizzo verso il Tutto debbano andar sempre di concerto (§ 36 § 40 § 46).

Intanto s'invocano i diritti innati, e si sogliono dimenticare i correlativi innati doveri, anche quando il concetto degli uni è indivisibile dal concetto degli altri. Tale dimenticanza rivela una imperfezione nel concetto dei dritti innati; poichè con questi noi abbiamo di mira uno solo degli estremi, l' individuo che esige, e dimentichiamo l'altro, il Tutto etico, per cui solamente sono possibili i diritti (§ 45. 47). Chi invoca i diritti innati, deve prima riconoscere il Tutto, in cui si fanno valere, e a cui lo lega il diritto formale (reale), il contenuto del diritto, che il Tutto garantisce nella sua forma positiva (§ 49).

Innato all' uomo può dirsi il diritto, che non gli siano fatte delle ingiustizie; e questo sentimento negativo delle ingiustizie è per sè stesso evidente. Resta però a sapersi che cosa sia una ingiustizia: e se questa non può misurarsi che alla stregua del giusto, che è il concetto affermativo, noi ci aggiriamo in un circolo vizioso. Nondimeno vuolsi convenire che il diritto primitivo negativo rispetto alle ingiustizie violenti racchiude in sè maggior chiarezza di quello positivo, che pur accampa delle grandi esigenze. Così passa p. e. un immenso divario dal diritto primitivo che si oppone alla schiavitù, negazione d' ogni principio umano, al preteso diritto innato dell'ozio.

Quanto più sono divenute artificiali mercè la cultura le premesse della vita sociale; quanto più le industrie necessarie si allontanano da quelle che l'uomo della natura ignorante e non istruito possa raggiungere; tanto più si elevano i doveri del Tutto a dar sostegno all' individuo, perchè questi possa spiegare tutta la sua attività. Quello però che evidentemente non può esser concesso dallo stato (p. e. i mezzi di sussistenza e di oziosità a tutti gl'individui), non può da questi neppur essere ripetuto come un diritto. Se il fondamento del diritto si è, ch'esso

Digitized by Google

garentisca il principio etico, e la sua condizione, che l' uomo possa divenir veramente uomo; chiaro apparisce come in opposizione al diritto innato dell'oziosità stia il dovere della personale operosità. Il contenuto de' diritti primitivi è ingiusto in quanto che affievolisce lo stimolo e lo zelo dell' esercizio delle proprie forze.

Inoltre si dimentica, accentuando soverchiamente i diritti innati, che l'individuo nasce dalla famiglia, non dallo stato come tale; e che ciò che si potrebbe desiderare dalla famiglia, non si può esigere senz'altro dallo stato.

Nondimeno, mentre sarà bene non dar peso agl'indeterminati diritti primitivi, nell'ulteriore sviluppo de'rapporti tra il Tutto e l' individuo si mostrerà quanto in essi vi sia di giusto.

Ann. Relativamente alla genesi di questo concetto osserviamo quanto segue. Il concetto dei diritti innati ebbe origine al tempo in cui facevasi derivare ogni dritto dal Contratto. La contradizione a ciò inerente apparisce chiara. Il diritto innato esige la necessità dell' idea interna, mentre l' origine del diritto dal contratto non ammette che l'accordo. Al bambino, che nulla può nè promettere nè accordare, è pur innato un diritto. L'unico punto, in cui la teoria che fa derivare il diritto dal contratto sociale e la teoria dei diritti innati concordino, si è, che in ambedue si esagerano eccessivamente le esigenze dell'individuo di fronte al Tutto.

Anche in ciò la differenza tra il mondo moderno e l' antico è molto ammaestrativo. Ciò che l'etica moderna fa valere come contenuto dei diritti innati, quali furono negli ultimi tempi formulati, comprendendovi p. e. il diritto ai mezzi di sussistenza e all' ozio, trovasi nel Critone di Platone come una beneficenza usata all'individuo, e per la quale questo deve allo stato gratitudine ed obbedienza. Socrate, pur sentendo l'ingiustizia che subisce, ricorda che le leggi dello stato lo hanno cresciuto ed alimentato, e gli han dato l'educazione e il godimento d'ogni bellezza; quindi non vuole offendere le leggi, sue benefattrici, sottraendosi con la fuga alla sentenza di morte. Non v'ha dubbio che questo modo di concepire la carità patria si attiene più all'etica, che all'esigenza dei diritti dei moderni. Quando l'individuo pel solo fatto della sua nascita, e quindi senza opera propria, esige dallo stato i mezzi di sussistere senza lavorare, lo Stato non deve dar ascolto alla sua impudente esigenza.

Digitized by Google

§ 89. Il riconoscimento degl'individui come persone (in quanto che destinati eticamente alla moralità individuale, e giuridicamente ad essere i rappresentanti dei diritti che garantiscono questa individuale moralità), comprende il riconoscimento della volontà. E poichè prima ancora che la volontà si manifesti, già esistono le condizioni del suo sviluppo, come p. e. nel bambino, nell'embrione; così il diritto, giunto a coscienza delle conseguenze morali, garentisce in egual misura tali condizioni alla persona, qual un tutto etico. Donde l'obbligo nel dritto di annettere alla persona segni sicuri, che lo contraddistinguano e ne tutelino i diritti dalla nascita fino alla morte, garantendo l'embrione umano contro la madre, il fanciullo contro gli insulti del padre, parimenti che l'esistenza delle persone. Il Nome d'una persona, la cui identità viene garantita dal diritto, rappresenta la persona nella sua identicità con se stessa, in quanto che la coscienza di sè compenetra la vita individuale sempre identica a se medesima: esso adunque ajuta a garentire un concetto, che rende l'uomo capace di diritti, perchè capace di responsabilità anche per atti già passati, concetto questo d'una significazione profondamente etica.

Il concetto etico della persona si è potentemente radicato nella coscienza universale mercè il cristianesimo. La sua influenza non solo si rivela nel cangiato concetto del diritto intorno alla schiavitù, ma particolarmente e in modo eminente nel cangiato modo onde il codice giustinianeo comprende l'autorità paterna. Lo stesso Aristotele (polit. VII. 16. p. 1335 b. 19) ammette nello Stato, sotto certe condizioni, l'esposizione de' figliuoli, esigendo una legge la quale vietasse di allevare i figli nati storpi. Simile disposto incontrasi nelle 12. Tavole. Il cristiano imperatore Valentiniano I. fu il primo a dichiarare (a. 374) delitto capitale l'uccidere un neonato 1). Nell'antichità soltanto i Giudei e i Germani ritennero come cosa sacra la vita de'bambini. (Tacit. hist. v. 5. Germ. 19).

---

1) Zumpt, *über den Stander Bevölkerung und die Volksvermehrum im Allerthum.* Nelle Memorie dell'Accademia delle scienze, p. 68 e seg.

Digitized by Google

Questo concetto della personalità s' eleva fino alla compassione pe'bruti , cioè a dire ad una sfera in cui la persona ancora non esiste, ma in cui pur si riscontra un'affinità colla persona; perciocchè ne'bruti già si trova uno degli elementi, che costituiscono la base della persona umana. Se la coscienza della personalità sta in reciproco rapporto con la coscienza dell' Io; e l' Io è possibile sol dove il pensiero compenetra il senso di sè, per modo che l'Io conservi sempre, come un nucleo interno, il senso di piacere o di dolore; ne deriva che questa prima condizione della personalità, il senso di se, si presenta nei bruti già come un lato della personalità. Da ciò sembra trarre il suo motivo la legge che vieta di tormentare gli animali. Certo è che il rispetto alla persona umana non può radicarsi nel sentimento, fino a che gli animali sono esposti a mali trattamenti. Quando la vista dei combattimenti d'animali, come sarebbero quei sanguinosi dei galli, provoca sovraccitate passioni e un barbaro piacere nell'animo degli spettatori, il sentimento umano non può che corrompersi. Il divieto di tormentar gli animali contiene oltracciò un giusto rispetto alla pietà, qual sentimento etico (§ 30). Se volessimo restringere il divieto di tormentar gli animali soltanto dal farlo in pubblico , ci arresteremmo a mezza via , e faremmo consistere tutto il male soltanto nell'offendere il sentimento di pietà degli spettatori. Prov. XII. 10. « Il giusto ha misericordia della sua bestia , mentre il cor del malvagio è senza pietà ».

§ 90. Se si considera la persona distaccata dai rapporti e dalle cose, in cui ella ha i suoi diritti, troveremo la sua volontà essere soltanto uno strumento del suo corpo. Da ciò deriva il diritto della persona al proprio corpo e alla propria vita (all'integrità della sua entità fisica). Il diritto garentisce la pace, condizione precipua d'ogni moralità sociale, e ne punisce quindi l'infrazione negli attentati contro la vita, contro la sicurezza e contro la libertà altrui. Il diritto penale in questi attentati distingue i delitti e le colpe da una parte secondo il grado del *dolus* , (omicidio, uccisione, § 64), e dall'altra secondo l' estensione e l' importanza degli offesi scopi etici (§ 66).

Digitized by Google

Ann. « *Frieden* » v. nello Specchio Sassone II, 67.

§ 91. La persona non si presenta giammai per sè nuda ed isolata, ancorchè si consideri in astratto e atomisticamente, ma sempre in connessione ad un tutto più vasto, come un membro dei rapporti di diritto, p. e. come figlio della famiglia o della nazione. Il diritto, proteggendo la persona in questi indirizzi e garentendo tali rapporti nei minori, compenetra gl' individui nel senso del principio organico, che è insieme storico nello sviluppo etico (§ 35). Le lesioni di tali rapporti, comprese come nella supposizione o nello scambio di figliuoli, sono tra i delitti contro la integrità personale.

A base del dritto, che garentisce dalle offese, sta in tutti questi rapporti, come scopo educativo della legge, il rispetto alla persona e il riconoscimento della personalità nel suo scopo individuale. Guardato cotesto rispetto da un punto di vista così generale, ei non è a vero dire che il rispetto dell'uomo potenziale, dell'uomo qual germe della sua destinazione, della persona nella sua generalità. Il giusto punto di vista nel senso più compiuto è il rispetto reciproco nella reciprocanza di doveri e diritti; perciocchè il concetto del rispetto alle persone riposa sempre sulla coscienza d'un dovere, che altri c' impone col suo esempio 1). Ove adunque vi è reciproco rispetto, ivi l' adempimento d'un dovere ne è condizione indispensabile, e n'è conseguenza il volontario consentimento dei diritti derivanti da tal dovere.

§ 92. I diritti della persona hanno come premessa necessaria i doveri verso la società, che glieli garantisce. Quindi, se la legge garantisce l' integrità della personalità a questa condizione, potrà avvenire che, qualora la premessa non sia osservata, la società rivendichi a sè cotali diritti mercè la legale inflizione delle pene, le quali sono una restrizione dell' entità

1) Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, pag. 207. Ann. secondo l'edizione delle opere di Rosenkranz.

Digitized by Google

personale. Resterà solo a considerare, fino a qual punto e in che modo nella pena sieno da restringersi cotali diritti, tenuto conto degli altri riguardi etici (confr. § 70). L'antico diritto penale, col colpire testa e mani, membra e capelli, ha posto in non cale i riguardi etici più che nol comporti il rispetto generalmente dovuto alla persona, il quale impone al procedimento certi limiti, anche in quei casi in cui pel delitto commesso siasi decaduto dai diritti e dalla protezione della legge.

b. *Proprietà.*

§ 93. La proprietà contribuisce a dare un'ulteriore sviluppo all'idea etica dell'individuo.

L'impulso della propria conservazione spinge ad afferrare le cose come strumenti dei propri scopi; e la cosa impersonale non ha, come tale, nessun diritto verso la persona. Tra la persona e la cosa, secondo l'opinione di Leibniz, vi ha, prima che la cosa abbia un padrone, una lotta continua. Un leone, per esempio, può divorare un uomo, e un monte soffocarlo nel suo crollare, perchè il leone e il monte non hanno intelligenza. L'uomo nondimeno può domare il leone e perforare il monte. La vittoria della persona sulla cosa e il dominio su di questa, fatta quasi prigioniera, costituiscono il possesso, il quale, se è riconosciuto, diventa proprietà. Il fatto più nobile dell'uomo è il formarsi delle cose strumenti durevoli della sua volontà. Le cose in mano dell'uomo divengono come animate mercè gli scopi a cui devono servire, e rappresentano, quasi cessando di essere impersonali, le determinazioni dell'umana volontà. Come nelle membra, così pure nella proprietà, quali altri organi del corpo, domina la volontà con una forza assoluta. Da questo lato le condizioni alla formazione del diritto partono dall'individuo. Però l'individuo per se solo non avrebbe in proprietà gli strumenti, ch'egli si è formati, se non in quanto li possedesse fisicamente colla presenza della sua forza materiale; quindi gli avrebbe solo momentaneamente e limitatamente, perchè costretto nell'eterna lotta della propria conservazione a in-

Digitized by Google

debolire la sua forza appropriatrice, e a perdere l'uso tranquillo della cosa. La stabilità della volontà nella cosa gli viene data soltanto dal tutto, che la riconosce, ossia dalla legge, la quale gli garantisce la facoltà di disporne a suo assoluto talento. Soltanto in questo modo la proprietà diviene vera proprietà, e si approssima alla natura degli organi, sui quali la volontà domina assoluta entro le varie funzioni. Sotto tale aspetto le condizioni alla formazione del dritto di proprietà emanano dal tutto sociale, il quale procede confermando o limitando.

La forza dello spirito converte le cose a strumenti speciali; e il diritto le conserva alla volontà.

Nella proprietà si estende il concetto di organo a cose esterne e possibili a staccarsi dall'individuo, in quanto esse divengono strumenti della volontà. Se certe specie di proprietà non si mostrano così direttamente come estensione e rinforzo degli organi del corpo, come ad esempio i campi e le derrate meno che gli strumenti e il vestito, e la proprietà immobiliare meno facilmente e semplicemente della mobiliare; pure per la volontà e per la realizzazione degli scopi della volontà il rapporto resta il medesimo. Questo concetto bèn si manifesta nel linguaggio antico: così a mo' d'esempio l'appropriazione giudiziale di beni stabili (l'atto solenne di conferimento e di accettazione d'avanti al giudice) viene designato coi termini di *vestitura*, *investitura*, e il suo opposto col nome di spogliazione.

Poichè nella proprietà, che ci siamo formata od acquistata, noi ci sentiamo come nelle nostre proprie membra, così ne deriva che noi ne siamo i padroni: e all'istesso modo che nessuno può comandare alla nostra mano, al nostro piede, fuorchè noi, o per nostro volere, così pure noi soli, e nessuno altro, può disporre della proprietà.

Per conseguenza ponno essere proprietà di una persona quelle cose, che sono riconosciute come strumenti della sua volontà, in guisa che non possano divenire istrumento altrui, altrimenti che per volontà sua: e ciò riguarda le cose, i crediti, gli schiavi, e per quest'ultimo carattere accennato esclude la cosa presa a prestito, a nolo, ecc. Il principio etico ritorna nel rico-

Digitized by Google

noscimento che fa procedere la forza dal Tutto; quindi soltanto un istrumento etico può essere riconosciuto.

Egli è importante nella proprietà di avere in mira il principio etico, affinchè quello, che primitivamente è afforzamento dell'individuo, venga nel tempo stesso riconosciuto quale organamento del tutto. Poichè nella proprietà si estendono gli organi del corpo, in essa si trasfondono anche gli scopi interni di questi. Deve ancora riguardarsi come effetto del principio etico, che l'uomo abbia nella proprietà un passato ed un avvenire, ossia che per la sicurezza garentita dal tutto possa fare dei progetti e prendere delle risoluzioni al di là del momento istantaneo. Se la proprietà non avesse la sanzione del diritto, essa non potrebbe conseguire la universalità della sua natura. Nella proprietà viene presupposta, attuata e riconosciuta la conseguenza logica ed etica della volontà.

Poichè la proprietà, quantunque principalmente strumento dell'individuo, serve pure agli scopi etici della famiglia, della corporazione e dello Stato, così essa, in cui l'individuo cerca un Afforzamento, contribuisce anche da questo lato ad un Organamento del Tutto.

Ei può avverarsi che nell'esame dei diritti di proprietà si mostri prevalente in certi popoli il momento della volontà individuale, che ha in mira il proprio ingrandimento, e in altri il momento dell'universalità, che deriva dal riconoscimento del tutto. Nelle espressioni del diritto romano vi si racchiude principalmente il significato d'una volontà che dà di piglio alle cose coll'istinto della propria conservazione (*mancipium*, *vindicatio*, *dominium*, *servitus*); la quale tiene dispoticamente ciò che possiede, e domina incondizionatamente e con potestà assoluta contro qualunque determinazione estranea. Qui sembra come se tutto il diritto alla proprietà non provvenisse che dall'individuo, come se in lui fossero fondati dei diritti mercè la propria autorità, quindi senza i correlativi doveri. Tale però è soltanto l'apparenza. Mediatamente o immediatamente che sia, ogni proprietà ha il suo fondamento nella volontà dello Stato, la qual cosa si manifesta più chiaramente nella proprietà immobiliare, poichè in Roma essa nacque dal distacco di sin-

Digitized by Google

goli pezzi di terra dai beni comuni: e questo rapporto trovasi ovunque il possesso immobiliare deriva dalla conquista. Nel Medio Evo l' imperatore è riguardato come fonte di ogni legale possesso, e quindi come garante etico della proprietà 1).

Poichè la proprietà, sotto qualunque forma si manifesti, diviene uno strumento speciale della volontà umana e degli umani scopi, ne deriva che tutte le cose inanimate ricevono una destinazione etica, le cui esterne condizioni sono garentite dal diritto.

Un organo è tanto più perfetto, quanto più nella sua natura riunisce l' indirizzo all' universale e al particolare. L' occhio, per esempio, e la mano sono organi universali e individuali; universali per la vastità della loro forza e degli scopi ai quali servono, individuali per la precisione nei singoli casi e per la capacità di adattarsi ad ogni particolare ufficio. Ora per la invenzione del danaro la società ha dato alla proprietà questo doppio lato dell' organo perfetto; perciocchè la proprietà, che è individuale per la sua forma, idonea solo ad uno scopo determinato, ha accolto una natura universale pel suo valore mediante il danaro, e per la possibilità di cangiarlo così in qualunqu' altro strumento. E con ciò, essendosi elevata la proprietà in gran parte ad un valore universale, si è reso possibile il commercio.

Ciò stabilito, l' Occupazione delle cose non ancora cadute in possesso di alcuno e la loro trasformazione ad istrumenti della volontà sono il fondamento che rende fin da principio il dritto di proprietà durevole nelle sue conseguenze. La occupazione del suolo, che è la condizione di una nuova proprietà, avviene nei primordi della storia mercè il popolo, cioè a dire mercè la comunanza del tutto e specialmente in forza della conquista, la quale addiviene etica, in quanto è fondamento e garenzia di diritti. Di rado l'occupazione avviene per pura forza individuale. Da questa circostanza, che sta a base di ogni for-

1) Ranke, *deutsche Geschichte im Zeitalter der Reformation* 1839. I. pag. 52 e seg.

Digitized by Google

mazione di proprietà, procede che secondo il concetto di alcune legislazioni le cose che non hanno padrone (*res nullius*) appartengono allo stato, laddove secondo altre spettano a chi ne prende possesso (all' occupante). Nella prima di queste due determinazioni si può riconoscere lo scopo interno della forza, che originariamente era la condizione di ogni proprietà individuale; nella seconda lo scopo interno di proteggere ed elevare l' operosità dell' individuo. Il diritto positivo decide in questo punto di contraddizione, ovvero cerca una conciliazione di entrambi gli scopi.

Nei rapporti più sviluppati in luogo dell'occupazione e della trasformazione si presenta l' Acquisto, in cui la forza produttiva nel campo della materia o dello spirito conserva l' analogia colla trasformazione. Nell' acquisto e nella proprietà v' è compreso il lavoro, e il diritto garentisce nella proprietà questo momento etico, proteggendo il lavoro fatto e il profitto che ne risulta.

Ann. Il modo primitivo di appropriazione fu chiamato anche acquisto originario, e quest'altro derivativo (acquisto civile).

Ugo Grozio (*de iure belli ac pacis* 1625, confr. II, 2, 2) ha ammesso una *communio bonorum primaeva*, e ha fatta derivare la proprietà dalla ripartizione od occupazione, presupponendo per la ripartizione un contratto espresso e per l'occupazione un tacito. Hobbes (Leviathan, cap. 24) fa derivare originariamente la proprietà dalla volontà incondizionata dell'autorità dello Stato. Tanto la teoria del contratto, quanto quella dell'assoluta volontà dello stato mancano di un motivo interno necessario a dar diritto e autorità sì all'uno che all'altra, perchè altrimenti un contratto potrebbesi senza difficoltà opporre ad un altro, come pure la volontà di uno stato alla volontà di un altro. Locke (*on civil government* II, § 25 e seg.) entra più a fondo nella cosa, e attribuisce a chi lavora il diritto di possedere e di accumulare il prodotto del suo lavoro.

Kant riconobbe nel concetto della proprietà un origine spirituale. Egli distingue nella proprietà il lato empirico del possesso dall'intelligibile; e dice che quest' ultimo trascende il possesso fisico e fa sì che io possegga il Mio, tuttocchè non l' avessi nel possesso materiale. Per tal modo il concetto della proprietà è indipendente dalle

Digitized by Google

condizioni del possesso empirico nello spazio e nel tempo; e nella universalità di questo carattere Kant riconobbe il principio originale razionale, la cui realizzazione è possibile soltanto nello stato civile (*Metaphisische Anfangsgründe der Rechtswissenschaft*, 1798 § 4, pag. 59 e seg.). Che originariamente all'idea di proprietà era annessa la possibilità di possedere materialmente una cosa, si scorge dal fatto che il confine d'una nazione era segnato dal mare. Oggidì si suole proporre come linea di demarcazione l'estremo limite, cui possa giungere il tiro del cannone, e nei tempi antichi il tiro di un dardo, o il punto fino a cui arrivava la voce, cioè a dire il comando. Dietro a ciò, che Kant chiama il lato intelligibile della proprietà, sta realmente la forza protettrice del Tutto, che la riconosce, senza di cui l'intelligibile rimarrebbe latente, come una facoltà senza applicazione.

Geremia Bentham (*Grundsätze der Civil-und Criminal-gesetzgebung*, pubblicata per la prima volta in francese da Dumont, indi in tedesco da Fr. E. Beneke 1830. Cap. 7, pag. 277) dice: « la proprietà non è altro che la base d'una speranza, della speranza cioè di poter ritrarre certi vantaggi da una cosa, di cui si dice che la si possiede in seguito ai rapporti, nei quali già attualmente ci si trova con essa. Non v'ha immagine, e in generale non v'ha nessun segno visibile che possa esprimere il rapporto, in cui la proprietà sia basata. Ciò deriva naturalmente dal perchè la proprietà non è di natura materiale, ma tutt' affatto spirituale. Essa appartiene esclusivamente al pensiero ».

Quando nella giurisprudenza positiva si pone il concetto della proprietà nella « immediata (?) soggezione di una cosa al dominio d'una persona », si spiega il rapporto reale soltanto per l'analogia d'un rapporto personale, omettendosi così il più importante. Nondimeno il momento intelligibile, rilevato da Kant pur vi si trova, sebben nascosto.

La definizione della proprietà è ben difficile. Annettendo al concetto del possesso il contrassegno del libero uso, l'idea della proprietà si collega al concetto di uno strumento, concetto che noi comprendiamo molto facilmente sull'analogia del rapporto colle nostre membra, che poi dalla prossima e ristretta sfera delle cose, che possiamo raggiungere colla mano, estendiamo fino al concetto più universale di tutte le cose che servono alla volontà.

Digitized by Google

§ 94. Dal precedente modo d'intendere il concetto della proprietà derivano importanti conseguenze.

Poichè a misura che la proprietà si accresce in estensione, s'aumenta pure la forza del proprietario, e si estende il potere ch' egli riceve dal potere del tutto; così ne avviene pure che nella stessa misura si accresca il suo debito verso il tutto, al quale sempre più si attacca mercè la proprietà con l' impulso della propria conservazione.

Sta inoltre nel concetto della proprietà, come strumento acquisito, che essa sia circoscritta e per ciò capace di essere compresa e amministrata. Donde deriva che le cose, che per loro natura non hanno, nè possono avere limiti, come l'aria o l'oceano, sono escluse dalla cerchia della proprietà 1).

Sta inoltre nel concetto della proprietà, quale organo acquisito, che essa sia protetta come la persona stessa, anche in quelli cui manchi l'attuale volontà, come nei bambini, nei pazzi ecc. (conf. § 89).

Poichè nella proprietà il riconoscimento è un elemento essenziale, così è necessario che in essa la volontà si manifesti, sia mercè l'uso, sia mercè segni (simboli). Le cose abbandonate (*res derelicta*) cadono nell'altrui occupazione. Così, a mò d'esempio, secondo l' antico diritto tedesco un campo lasciato incolto dal proprietario diventa proprietà provinciale o comunale, tostoche vi crescano arbusti o cespugli 2).

§ 95. Dal concetto della proprietà, se è vera e piena proprietà, deriva, come logica conseguenza, il dritto dell' alienazione. La persona rinunzia allo strumento, che si procacciò, e ritira dalla cosa la volontà, che vi aveva apposta. Se invece la sua proprietà passa in mano altrui senza suo volere, allora egli perseguita tal fatto mercè la legge, e la rivendica ovunque la trova (*rei vindicatio*). Senza di un tale diritto la proprietà non sarebbe che possesso fisico e mancherebbe del lato intelligibile di una potestà universale (§ 93, Ann.) Dal *ius in re* deriva l'*actio in rem* contro il possessore illegittimo.

---

1) Ugo Grozio, *Mare liberum* 1609.

2) Iacopo Grimm, *deutsche Rechtsalterthümer*. 1828 pag. 92.

Digitized by Google

Per Possesso s' intende lo stato di fatto della potestà che viene esercitata su di una cosa allo scopo di tenerla per sua. Il possesso differisce dalla detenzione, in quanto che in questa manca l'intenzione di tenere la cosa per sua (*animus sibi habendi*). Il possesso, mentre cede al reclamo di proprietà, racchiude nondimeno in se il diritto di perseguitare lo spoglio clandestino o violento. Il diritto, sempre conseguente a se stesso, protegge anche il possessore illegittimo contro la spogliazione violenta e clandestina, senza alcun riguardo al diritto che potesse vantare colui, che esercita la violenza o l'astuzia. Cotali azioni legali date al possesso, ancorchè illegittimo, si mostrano necessarie, quando si pensi a ciò che senza di esse avverrebbe dei diritti, e alle triste conseguenze, che ne nascerebbero, della prepotenza, del farsi giustizia da se e della confusione di fatto della proprietà. Più difficile e più controverso a spiegarsi è il fondamento interno di ciò; e tal fondamento bisogna cercarlo nel concetto del possesso. Da parte della persona sono indispensabili nel possesso delle condizioni essenziali per farsi valere come proprietario. Il possessore tiene la cosa, e manifesta la volontà di attaccarla alla propria persona, quale strumento permanente. Questi primordi d' una possibilità di proprietà hanno un diritto interno contro la violazione. La legge pertanto garentisce nel possesso la proprietà potenziale, fino a che sia dimostrato, che ad esso manchino le condizioni, che devono aggiungervisi per completare il concetto di proprietà. Mediante questa protezione del possesso, la legge eccita nello stesso tempo la solerzia nel proprietario a mantenersi nel possesso, e promuove lo scopo interno del diritto di proprietà.

Dal concetto della proprietà deriva l' illimitato dritto di reclamare la cosa, che è l' obbietto della proprietà, in qualunque mano ella si trovi; e ciò al solo scopo che la cosa segua il suo padrone. Nondimeno a questa conseguenza si oppone un altro scopo essenziale: la fiducia, condizione etica del commercio, richiede che il possesso acquistato in buona fede non sia pregiudicato, e che il possessore onesto non abbia a soffrire della sua buona fede. Quindi nella legislazione positiva questi due scopi opposti, amendue da garentirsi, cioè la volontà nella

Digitized by Google

proprietà, e la buona fede nel commercio, vengono conciliati tra loro ; e il diritto positivo , per esempio il diritto romano e il diritto tedesco , stabiliscono in questo punto d' incrociamento disposizioni differenti, a seconda del vario concetto che essi si formano dei due scopi,e secondo che stimano di maggiore importanza il rigore nella proprietà o la fiducia nel commercio (§ 47).

§ 96. La cosa impersonale non ha nessun diritto sulla persona, ma l'io personale non deve diventar mai cosa e quindi proprietà. Dove vi sono schiavi, il concetto della persona non è ancor divenuto un contrassegno etico dell'uomo, ma soltanto un privilegio aristocratico. Questa limitazione della proprietà alle sole cose è una conseguenza del principio etico (§ 35) e del concetto dell' etico organismo (conf. § 87). Dove la schiavitù, che converte le persone in cose, svolge tutto il suo concetto, ivi il diritto non garentisce allo schiavo nè proprietà, nè matrimonio, nè figli, nè volontà. Gli schiavi sono privati di tutto ciò che rende umano l'uomo. Ma l'ingiustizia della schiavitù si vendica su quelli stessi, che la esercitano; poichè ne soffre il costume, essendo per se stesso dannoso di trattare un uomo come cosa; onde gli uomini liberi diventano crudeli ed egoisti, impudichi e voluttuosi, capricciosi e dispotici. Il commercio umano rende malvagio sì il compratore che il venditore , e i negoziatori di schiavi e i loro sorvegliatori diventano mostri di crudeltà ; oltrecchè in uno stato, in cui vi sono schiavi, esiste sempre il germe di una guerra civile.

La schiavitù ha la sua origine nell' istinto umano del dominare: l'uomo prova una dolce voluttà nella sua superiorità illimitata, e il suo orgoglio ambizioso è potentemente lusingato dal rendere un uomo, una creatura simile a lui, strumento passivo della sua volontà. Dove domina la schiavitù, ivi c' è il segno permanente di una istituzione, in cui sono in contrasto l'Afforzamento dell' individuo, e l'Organamento del Tutto, che pur devono andar di concerto in tutta l' etica; e (§ 36) con ciò manca la condizione ad una giusta formazione del diritto. Nondimeno dove la legge si propone di conservare la schiavitù, come se in essa vi si racchiudessero scopi morali, non raggiunge il suo intento , se non mercè una nuova ingiustizia ed una crudele se-

Digitized by Google

verità, per cui il diritto diviene una guerra contro umanità (§ 66). In questo caso la legge è obbligata a vietare allo schiavo tutto ciò, che in esso può elevare e promuovere il principio umano; deve precludergli la religione e la coltura e tenerlo il più possibilmente affine al bruto; perciocchè il cristianesimo rende libero l' uomo interno, e la coltura imprime forza e carattere di uomo civilizzato. Per lo contrario se la legge si propone di rendere la schiavitù più mite, allora essa o mena dritto all'abolizione, o la sua intenzione resta impotente, specialmente perchè la prepotenza del padrone può facilmente impedire allo schiavo di reclamare il suo diritto contro di lui.

Ann. La schiavitù è un fatto della storia, originato or dalla sottomissione per conquista, e quindi riguardata come una mitigazione del dritto distruttore di guerra, ora dal ratto delle persone e ora dal commercio umano. Assai tardi è sorto il sentimento dell' ingiustizia della schiavitù ed incominciata nel dritto la lotta contro di essa. Da principio, quando v'era schiavitù, le considerazioni, che di quando in quando sorgevano dal profondo sentimento sull' umana superiorità, erano pensieri perduti ed impotenti innanzi all'abituale egoismo. Aristotile (*Pol.* I, 4) cercò perfino una ragione interna della schiavitù, e la trovò nella differenza della umana natura. Nondimeno dalle sue considerazioni risulta soltanto esservi degli uomini, pei quali è meglio servire ed ubbidire alla ragione altrui, che comandare, e non che lor giovi d' essere posseduti; sicchè quando Aristotile ciò conchiude, le sue conclusioni vanno al di là delle sue premesse. Si conservano di Alcidama, discepolo di Gorgia, le seguenti parole, tratte da una sua orazione: « Dio ha lasciato tutti liberi; nessuno fu creato schiavo dalla natura » (dagli Scoli alla Retorica di Aristotile I, 13). Risc. Aristotile *Polit.* I, 3. pag. 1253 b. 20; ed Aristotile stesso stimò meglio dare la libertà a tutti gli schiavi, che farla riguardare soltanto come premio ed onorificenza (*Polit.* VII, 10, pag. 1330 *a* 32). Confr. Filemone presso Stobaeus, *Florileg:* 62, 28, e in altri frammenti. Però appena cogli Stoici (Seneca *Epist.* 31, 47 *de beneficiis* III, 18) il sentimento dell'uomo libero nello schiavo diviene più vivo e comincia ad interessare gli stessi giuristi. Se la legge mosaica sottrae dalla durevole schiavitù i figli d' Israele, che Iddio ha resi liberi, e per lo contrario dà in proprietà ai Giudei gl' idolatri, essa con ciò non cerca che di proteggerli dai

Digitized by Google

maltrattamenti, e loro accorda il riposo del sabato (2 Mos. XXI; 3 Mos. XXV; confr. Geremia II, 14, XXXIV, 9). Filone, il quale risente le influenze dello stoicismo, osserva per quest' ultima parte, che ciò non è sufficiente, perocchè la legge concede il riposo del sabato anche ai bruti, mentre gli schiavi per loro natura sono liberi, poichè nessun uomo nasce schiavo (Filone *de septenario* § 7; confr. *de special. legibus* § 25, *quod omnis probus liber* § 12). Ulpiano, giurista romano, si vale della distinzione fra il diritto positivo ed il naturale, e riconosce che per quest' ultimo tutti gli uomini sono liberi ed eguali (*dig.* I, 1, 4. quindi L. 17, 32. *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur, non tamen et iure naturali*; *quia quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*). Nelle Istituzioni (I, 3, 2) è detto espressamente: *servitus autem est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur.* Questo pronunziato menò alla mitigazione delle leggi sugli schiavi, ed a favorirne l'affrancamento. E in questo senso oprò la Chiesa Cristiana. Il Cristianesimo, che vuole la libertà interna, ha necessariamente una relazione coll'esterna I. *Corin.* 7, 21. Lo schiavo cristiano diveniva fratello del padrone cristiano. Lettera a Filemone V. 16. Nondimeno il concetto legale della *servitus* rimase fermo, e non fu attaccato nella sua radice. I giuristi si mostrano in ciò perplessi, siccome vien detto nello Specchio Sassone III, 42, 3: « allorchè si costituì il dritto, nessun uomo era servo; e tutti eran liberi, quando i nostri antenati vennero in questo paese »; « in fede mia non so comprendere come taluno possa appartenere a tal' altro » — e in un' antica aggiunta al § 6: « secondo la giusta verità la schiavitù ebbe principio dalla violenza, dalla cattività e da una potestà illegale, che fin da antichissimi tempi si è protratta per una illegale abitudine ed ora si pretende quale un diritto. » Melanchthon nei *locis* del 1521 scrive (pag. 152. Ediz. Plitt, 1864): « *sunt et in iure civili, quod ita vocant, pleraque affectus magis humanos quam naturales leges prae se ferentia. Quid enim est a lege naturae alienius servorum captivitate?* Ciò non ostante la bolla di papa Paolo III del 30 Agosto 1535 invita ancora tutti i principi a costringere l'Inghilterra a ritornare sotto l'obbedienza del papa, a spogliar i suoi principi dei loro beni, e a render schiave le loro persone (*Bullarium Romanum ed. Luxemburg.* 1742. *tom.* I. pag. 710). La è un' onta del Cristianesimo che negli ultimi secoli il ratto degli uomini, il commercio umano e gli orrori della schiavitù sieno stati esercitati più ampiamente che non lo fossero mai stati. I lodevoli sforzi per

Digitized by Google

iscuotere praticamente il concetto della schiavitù nel diritto non datano che dalla metà dell'ultimo secolo e nel dominio della civiltà protestante. Quando incominciò l'abolizione di essa, incominciò pure la lotta politica, che oggi ancora divide gli Stati Uniti dell'America Settentrionale dopo poderosa e vittoriosa guerra per l'affrancamento degli schiavi.

Se la schiavitù, come fu detto, corrompe la popolazione libera e travolge i costumi nei vizi, i quali sono tutt'altro che produttivi; si spiega facilmente come gli stati a schiavi rimangono indietro agli stati liberi nel lavoro, nella forza intellettuale, nel benessere e nella prosperità. L'uomo libero il quale gode egli stesso il prodotto del suo lavoro, opera col senno e col braccio, laddove lo schiavo solo con questo. Ma questa circostanza, di cui il paragone fra gli stati settentrionali e i meridionali dell'America del Nord dà una luminosa prova, è sempre una conseguenza e non ciò che deve risolvere il problema nella sua origine. Se l'utile può essere un benefizio della virtù, la virtù sarà nondimeno spogliata della sua dignità, qualora non sia che l'utile, e non sia voluta che per l'utile. Bisogna guardarsi dal trasformare il motivo etico del diritto in un affare pecuniario, e dal misurare una legge alla stregua dell'interesse venale; altrimenti la morale della statistica diviene tutto al più la morale egoistica dell'interesse ben inteso (§ 24). Del resto nell'attuale problema della schiavitù la quistione principale è un interesse di economia nazionale. Sui mercati si domanda chi venda a miglior prezzo lo zucchero, il caffè, il cotone, e non si guarda alla barbarie che si attacca alla merce come sangue. L'umanità intera dovrebbe mettere un'imposta protettiva del lavoro dell'uomo libero contro quello dello schiavo, e garentire l'idea, nè ratto, nè commercio umano! contro il godimento a buon mercato dei nostri sensi, e contro il prezzo corrente che è la norma del costume.

Egli è conforme alla circostanza di fatto della schiavitù, all'orgoglio della razza bianca e alla cupidigia dei detentori di schiavi di scambiare la quistione etica in una quistione materiale, e la umanitaria in una quistione di razza, sostenendo che ai negri manchino le doti morali e intellettuali proprie di un uomo libero, e che perciò sieno quasi destinati a servire di sostrato alla civilizzazione mercè la loro schiavitù. Ad ogni modo il concetto della persona, che nello schiavo viene offesa, presuppone un desiderio capace di determinarsi in volontà mercè il pensiero: e soltanto l'orgoglio dei Bianchi può sostenere che i Negri sieno incapaci di pensare e di volere: ond'egli

Digitized by Google

è dovere della scienza indagatrice e della coraggiosa missione di togliere di mezzo tali pregiudizii. Teo. Waitz in una ricerca analoga ha dimostrato non esservi alcuna specifica differenza delle razze umane in rapporto alla loro vita intellettuale e morale. (*Anthropologie der Naturvölker* I, 1859 pag. 368 e seg., pag. 393).

Il diritto positivo della schiavitù, che or conserva la coercizione della forza brutale, come se questa avesse un fondamento etico, ed ora si sforza a diminuire l'immoralità di tale violenza e a rendervi possibile la moralità, è molto istruttivo pel concetto generale del diritto. Il compito di abolire la schiavitù colà, dove ella è radicata nel possesso, e di abolirla per modo da rispettare il dritto formale (§ 49), indennizzando la proprietà acquistata in base al vigente dritto, ed assicurando agli schiavi posti in libertà la possibilità di un migliore avvenire, è uno dei più grandi compiti della saggezza politica e della giustizia distributiva.

§ 97. Senza gran difficoltà può dimostrarsi, come certe restrizioni al dritto di proprietà, le quali riguardano la proprietà di disporre, scaturiscano dal principio stesso, che sta a sua base. La proprietà, in quanto deriva dalla volontà di assimilarsi una cosa come strumento, racchiude nel suo scopo interno l'uso di quella cosa. Ma poichè la cosa si può distaccare e non è indivisibile, come un membro del corpo, ne consegue, ch'essa può andar soggetta ad un nuovo rapporto giuridico, in guisa che il proprietario ne conservi l'uso in un modo così generale da poter cederne ad un altro l'uso particolare. Da ciò nasce l'usufrutto (*ususfructus*) di quelle cose, che non si consumano coll'uso, il diritto cioè di usufruire le cose altrui nella presupposizione che la cosa si conservi nel suo tutto e nelle sue funzioni essenziali (*salva rerum substantia*). Che cosa costituisca la *substantia rei* e che cosa all'incontro sia da ritenersi per uso, si può giudicare soltanto dalla natura speciale della cosa sottoposta all'usufrutto, come un campo, un bosco, una casa, o un capitale, a cui la legge cerca di assegnare dei limiti, i quali riescono sovente indeterminati e incerti. La conservazione della sostanza non si dee confondere colla conservazione del valore; perciocchè la determinazione del valore non colpisce la cosa nella sua essen-

Digitized by Google

za, ma la misura secondo lo scambio nel commercio, ed in generale comparativamente ad altre cose e ad altri bisogni.

Dalla difficoltà teoretica di definire generalmente il *salva rerum substantia* ebbe origine la norma pratica: essere l'usufrutto la facoltà di usufruire la cosa altrui nel modo stesso che farebbe un buon padre di famiglia.

L'usufrutto è essenzialmente legato a certe condizioni, per esempio alla durata. L' usufrutto , che non facesse mai più ritornare al proprietario la cosa data in usufrutto, sarebbe una privazione del dritto di proprietà dal suo lato più essenziale. Nell'usufrutto prendono parte alla stessa cosa due volontà, e il diritto cerca nello scopo interno di prevenire il conflitto, che potrebbe derivare da questa dualità. Questo rapporto diviene ancor più difficile dove, come nel diritto feudale, l'usufrutto viene invertito in una specie di proprietà, per cui due volontà si dividono nell' istesso tempo la proprietà della cosa (la volontà del proprietario principale e quella del proprietario usufruttuario).

§ 98. Le limitazioni durevoli e i carichi annessi all' obbietto della proprietà in vantaggio d' un' altra persona (dell' avente dritto) o di un'altra cosa , si chiamano **servitù** , le quali intendono a che il proprietario soffra qualche cosa o qualche cosa tralasci (non faccia) nella proprietà, senza però essere obbligato a fare alcuna cosa. Così ad esempio nell'usufrutto la proprietà serve ad un' altra persona, e in un passaggio, che un fondo deve soffrire in vantaggio di un altro, serve insieme ad un' altra proprietà e al possessore di questa.

La proprietà diviene un pronto e deciso strumento della volontà individuale a misura, che meno si assoggetta ai fini della cosa o della volontà altrui. La proprietà , libera di carichi e dipendente da un' unica volontà, essendo nell' uso più pronta e più produttiva, aumenta anche con la forza del proprietario la forza del tutto, della società, in quanto questa è composta di forze individuali; quindi la società ha un interesse a che la proprietà sia libera da inutili aggravi, e si affranchi da pesi, che arrestino la volontà e ne impediscano l'uso. Però vi sono altre specie di servitù, (per esempio in quegli aggravi, per cui la proprietà dell'uno si connette qual membro alla proprietà

Digitized by Google

di un altro), in cui non raramente si presenta la necessità durevole di un aiuto scambievole; come avviene nella servitù di una via, di un condotto di acqua, o di una trave che s'immette nella casa del vicino.

Ann. Il concetto delle limitazioni al dritto di proprietà, che è inerente alle cose, si è andato man mano estendendo. Il diritto romano, dando esatte limitazioni ai concetti, ritiene essere natura essenziale delle servitù di patire e non di fare (*in patiendo* non *in faciendo*). Quando per esempio un terreno deve soffrire un passaggio, questa è una servitù. Però ciò, ch'esso soffre, può essere anche riguardato come una prestazione (come un *facere*); una parte del terreno resta incolta a causa del passaggio, e questo, che è perdita di proprietà per uno e vantaggio per l'altro, può essere valutato in danaro. Da ciò si spiega, perchè nel nuovo diritto anche i carichi reali siano calcolati fra le servitù. Una volta rotti i primi limiti non v'ha che un passo da un altro lato per passare all'ipotecamento di una proprietà.

§ 99. Sta nel concetto della proprietà, quale strumento che l'uomo si assimila, che la volontà coi suoi fini viva in essa. Se la volontà del proprietario si ritira dalla proprietà, questa cessa di essere ciò che dovrebb'essere, cioè uno strumento della volontà, e la cosa apparisce come se non avesse alcun padrone. Il possesso di una proprietà abbandonata diventa quindi proprietà del possessore, il quale sta verso di essa nell'istesso rapporto, in cui si trova chi occupi una cosa, che non appartenga ad alcuno.

Questo concetto si sviluppa ulteriormente nella Prescrizione, in quanto che, date certe condizioni, si presuppone che il proprietario abbia tacitamente rinunziato alla proprietà; e questa presupposizione può farsi valere non solo nella proprietà delle cose, ma ancora in tutto ciò che può riguardarsi come proprietà, come sarebbero i crediti, i diritti di servitù, ecc.

La manifestazione della proprietà sta nell'uso; quindi l'uso non esercitato per lungo tempo può valere come segno di proprietà rinunziata, come dall'altro lato il lungo e non turbato possesso di una cosa può esser preso come segno che nessuna volontà estranea abbia parte nella cosa, ovvero che il proprietario,

Digitized by Google

avendo rinunziato all' uso, abbia altresì rinunziato alla proprietà. Questo segno potrà fallire in certi casi speciali, ma non se ne potrebbe trovare uno più sicuro, specialmente quando la legge positiva istessa lo ha riconosciuto. La legge, non proteggendo la volontà indolente, eccita coi termini della prescrizione la solerzia del proprietario, e contribuisce mercè la prescrizione dei crediti alla sollecitudine negli affari commerciali. Inoltre la prescrizione ha il vantaggio di tagliar corto sulle liti interminabili.

Perchè avesse luogo la prescrizione mediante possesso, l'Usucapione, è necessario che la cosa sia posseduta in buona fede; perciocchè se il possessore possiede disonestamente la proprietà altrui, questa non è perduta, mancando alla prescrizione il suo motivo interno. Nè v'ha bisogno di notare come al disonesto possessore non si debba attribuire verun vantaggio, a meno che non si voglia premiare ed incoraggiare la disonestà. Così quando qualche cosa sia venuta in possesso di un altro mercè un delitto, per esempio mercè il furto, non può ammettersi che la volontà del proprietario vi abbia rinunziato. Ond' è una giusta conseguenza che siffatte cose (*res furtivae*) non vadano soggette a prescrizioni.

Le leggi positive misurano la durata della prescrizione dalla varietà degli scopi interni; e quindi distinguono la prescrizione dei beni stabili da quella dei beni mobili. Nel tempo stesso esse prevengono degli effetti ingiusti, quando per es. accordano al proprietario assente una durata più lunga, che al presente, per far valere la sua volontà, e quindi dispongono che si sospenda la prescrizione per chi si trova per mare o pei deserti, ovvero quando accordano al tutore il dritto di prescrizione sui beni del pupillo soltanto dal momento, in cui cessa la sua tutela. La legge si manifesta sempre previdente, quando provvede acciocchè per l'intreccio delle circostanze non seguano dal giusto concetto fondamentale ingiusti effetti.

Da ciò che si è detto chiaro risulta, come tutte quelle cose che non possono divenire oggetto di proprietà, non possono neppure essere prescritte. Le leggi positive però possono per fini

Digitized by Google

interni fare delle eccezioni, e dichiarare ad esempio imprescrittibili i beni demaniali o comunali, ecc.

Da quanto si è detto restano dichiarati i motivi logici ed etici della prescrizione. La legge positiva dispone a seconda dei fini esterni sul caso speciale, per es. sui termini della prescrizione, e sulle condizioni della continuità del possesso. L'esatta determinazione delle condizioni esterne è di grave importanza per l'effetto della prescrizione relativamente a quei motivi. Il senso generale della esortazione dei romani, che veniva raccomandata in tutti i rapporti di dritto: *vigilantibus iura*, ha un importanza particolare per la prescrizione.

Ann. La buona fede nella proprietà (*bona fides*) è per la natura della cosa e per lo spirito etico del diritto una condizione essenziale della prescrizione. Nel diritto romano la *bona fides* si esigeva soltanto nel cominciamento dell'usucapione (*Cod.* VII, 31. *hoc tantum modo, ut in his omnibus casibus ab initio eam bona fide capiat*). Oggidì, ad imitazione del diritto canonico, la buona fede è richiesta dal principio fino alla fine. Questa esigenza è un progresso della conseguenza logica e dell' intendimento etico.

§ 100. Per espropriazione s' intende una spogliazione legale della proprietà, eseguita contro la volontà del proprietario. Preso il diritto di proprietà in modo assoluto, tale spogliazione contraddice al dritto individuale di proprietà, in quanto che la proprieta è strumento dell' individuo, e in essa domina assoluta la sua volontà. Però ogni formazione di dritto emana non solo dal principio individuale, ma altresì ed altrettanto dal principio sociale (§ 85) ; e la formazione del diritto di proprietà è in un modo particolare condizionata a questo doppio principio (§ 93).Sicchè il diritto di proprietà dell'individuo non si sottrae giammai intieramente dal tutto. Il presupposto etico e quindi anche giuridico e generale si è, che il tutto precede le parti , e che le parti non hanno un diritto che nel tutto.Questo presupposto si manifesta nel concetto del *dominium eminens* relativamente alla proprietà. Quando uno scopo necessario del tutto si rende impossibile senza l'espropriazione, sia per la conservazione e la difesa (come in una guerra,in un incendio, nelle fortifica-

Digitized by Google

zioni), sia per lavori ed opere necessarie ed utili alla società (come per strade, per escavazioni di canali, o per ferrovie); allora la espropriazione è necessaria e giusta. La legge sull'espropriazione procura di appianare i litigi, affinchè nè gli scopi arbitrariamente immaginati e messi innanzi offendano l'individuo, nè l'egoismo dell'individuo nuoccia allo scopo della società. L'espropriazione rimane sempre un'eccezione imposta dalla sola necessità, poichè essa è una minaccia allo sviluppo della vita individuale. L'indennizzo nella espropriazione è il meno che si possa richiedere L'espropriazione senza indennizzo si presenta come un'ingiustizia e una lesione del diritto formale (§ 49), quando la proprietà è acquistata in base alle leggi vigenti. Però l'indennizzazione può in molti casi essere insufficiente compenso per la perdita della proprietà, quale strumento individuale.

Ann. Il nome di *dominium eminens* ha mosse delle controversie fin da gran tempo (*Pufendorf de iure naturae et gentium* 1.ª Ediz. 1672, VIII 5, 7), perchè la parola *dominium* conferisce al principe un illimitato potere sulla proprietà dei sudditi. Nondimeno anche a questo nome della proprietà suprema, la quale dà al tutto un assoluto potere sulle parti, si può annettere un buon significato.

§ 101. Certamente la proprietà non diviene tale che per la volontà, che se l'appropria. Ma la legge garentisce nella proprietà non tanto il nudo volere, quanto il volere che si crea uno strumento; e poichè lo strumento viene misurato dal fine interno, così il diritto riguarda, almeno in generale, le più marcate differenze degli scopi, come ad esempio i beni mobili od immobili, la varietà di durata per la prescrizione, e la varietà delle forme nell'acquisto. La legge non protegge nella proprietà la conservazione di se medesimo, come istinto di natura, ma sì bene come etica della conservazione di se medesimo, disciplinata dal reciproco riconoscimento; non il mezzo di godimento come tale, sibbene e precipuamente il lavoro che vi si racchiude e l'attività produttiva che l'acquista, come ad esempio per la proprietà letteraria ed inventiva.

Digitized by Google

Ann. La varietà degli scopi nella proprietà si presenta nelle varie modalità del dritto. E da ciò nasce nel dritto romano la differenza delle *res mancipi* e delle *nec mancipi*, e nel diritto moderno quella i beni comunali, beni demaniali, beni ecclesiastici, ecc.

Un esempio istruttivo di scopi opposti, e che pur bisogna conciliare,si presenta nel diritto di proprietà delle cose intellettuali.La proprietà, prodotta dalla forza individuale, come per creazione, è una proprietà certamente più elevata di quella d'una cosa senza padrone occupata, o da altri acquistata. Se non che alla proprietà esclusiva di questa specie si oppone il significato interno della cosa; perciocchè i prodotti dell' arte o della scienza ed anche dell' invenzione adempiono al loro compito soltanto col diffondersi, la qual cosa è un pericolo che la proprietà vada perduta. Si domanda quindi come si possa assicurare nella diffusione il dritto dell'industria, ed in certi casi, p. e. negli scritti, tanto verso il ristampatore che verso l'editore, specialmente quando tale industria oltrepassa persino i confini della nazione. Dall'altra parte i prodotti del pensiero e delle invenzioni divengono in conformità della loro idea un bene comune della nazione; e quindi la seconda domanda a farsi è, quando cessi nei privati il diritto di proprietà su di essi. La legge cerca una conciliazione di questi opposti rapporti.

§ 102. Quando si verificano dei delitti contro la proprietà, il diritto penale preserva i presupposti morali di essa, proteggendo in ispecial modo il lavoro passato o presente, che serve di base più o meno lontana al possesso. La misura della pena deriva dall'importanza e dalla estensione degli scopi offesi, dalla gravità della colpa nella intenzione offensiva (§ 64 § 66), e dalla necessità di maggiormente proteggere pubblicamente quella proprietà, che meno sa proteggere se stessa. L' appropriazione illegale nel furto, il tor via, somiglia alla occupazione; laddove la truffa simula un acquisto legale, e il rifiuto della cosa affidata elude la fiducia. Queste due ultime specie sono quindi, a vero dire, delle offese alla moralità del commercio, e come tali appartengono a ciò che verremo a dire in seguito. Oltre all'appropriazione illegale v' ha bisogno, per completare il concetto del furto, della coscienza in chi lo commette che la cosa appartenga ad altri. Se egli crede di avervi un diritto di pro-

Digitized by Google

prietà e, ciò credendo, la toglie in suo potere, sia furtivamente, sia violentemente, una tale azione potrà essere punibile come disturbo di possesso altrui (§ 95) o sotto qualche altro rapporto, ma non mai come furto. La rapina, che usa della violenza contro della persona come mezzo per usurpare la proprietà, accoppia un delitto contro la persona (§ 90) ad un delitto contro la proprietà. La ricettazione, che è in generale il favoreggiare di nascosto e scientemente il delitto commesso contro la proprietà, si aggrava a misura che il delitto commesso è più grave, o che ha avuto bisogno del ricettatore per effettuarsi; e la pena soltanto allora potrà essere mitigata, quando più che un volgare interesse la ricettazione abbia avuto per movente un affetto più nobile, come p. es. la compassione pel delinquente, ecc. La estorsione minaccia di violenza o di un misfatto, laddove la rapina li pone in atto; essa confessa un delitto nella sua idea, che nel fatto non ha realizzato, ma che è pronta a realizzare. La legge all'incontro protegge nella proprietà i presupposti morali di una volontà libera ed individuale; perciocchè la paura, alla quale mira l'estorsione, non è libera, e fa per lo più ciò, che la volontà senza paura non farebbe. La sicurezza non sta solo dove non è ancor avvenuto un delitto, ma dove non è neppur temuto. Soltanto una tale sicurezza è produttiva, perchè ella sola rende libera l'individuale attività e il pubblico commercio. La legge, dovendo non lasciare agire neppure nell'immaginazione e nell'aspettativa quei dilitti che punisce poi che sono effettuati, esercita la sua azione morale, prevenendo la cieca paura, che paralizza la volontà individuale. L'oziosità (il mendicare in luogo di lavorare), ledendo il principio, che informa la proprietà ed in generale tutto lo stato sociale, e divenendo occasione di piccoli furti, dev'essere quindi minacciata di pena.

c. *Commercio.*

§ 103. Più sopra abbiamo dimostrato (§ 86) che l'idea dell'uomo è un'idea di società. Or deriva da ciò, che il lavoro si divide fra gl'individui, e che le forze e i prodotti si sostengono, scam-

Digitized by Google

biandosi ed accoppiandosi a vicenda. In quanto questo processo, astrazion fatta dall' esigenza della famiglia, dello Stato, e in generale dei rapporti pubblici, nasce dagl'individui e tra gl' individui si effettua, si presenta la giurisdizione propria del commercio coi doveri e coi diritti che ne emergono.

L'acquisto e il riconoscimento della proprietà presuppongono certi rapporti del commercio, come sarebbe la possibilità di uno scambio di beni e di forze, e la garenzia della proprietà, derivante dalla volontà che in essa risiede.

I doveri e i diritti poggiano su certe necessità; i doveri del commercio sulla necessità di una prestazione, e i diritti sulla ragione di un credito, il quale ha per presupposto la necessità di una corrispettiva prestazione. Il fondamento di un tale obbligo (*obligatio*) nel campo del commercio poggia bensì sulla volontà di colui, il quale si obbliga, o fu obbligato dalla sua colpa, ma resta nondimeno superiore all'arbitrio dell'individuo. Ciò si rende chiaro mercè una osservazione più esatta. Dove la volontà di una persona concorre colla volontà di un' altra o di molte insieme, in guisa da formarne una sola, esse stabiliscono fra loro, nei limiti preveduti dal diritto e nel libero spazio del lecito, una legge comune, alla quale ognuna si sottomette. La volontà individuale lega in tal modo se medesima alla volontà degli altri, e rinunzia a sciogliersi da per se sola, eccettocchè in certe determinate condizioni. La necessità nasce adunque in quanto proviene dalla società, nella quale la volontà individuale è entrata come parte, e a cui rimane avvinta, derivandone al tempo stesso doveri e diritti. Se l' opera della società, in cui la vita umana compie la sua destinazione, non è altrimenti possibile che mediante le volontà collegate; il diritto deve garentire nell' obbligatorietà del contratto una forma elementare della vita etica, la quale col continuo riprodursi, intreccia fra loro gli sforzi umani ad uno scopo comune. Quindi ogni volta che i diritti o la proprietà altrui sieno danneggiati per un' azione illecita, sia per un fatto che per una omissione, la volontà lesiva dev' essere obbligata a rifare o a compensare il danno. Mediante l'azione illecita la volontà si è vincolata al risarcimento del danno; onde se si rifiuta, la legge ne

Digitized by Google

l'obbliga. La necessità, sebbene sciolta dall'azione individuale, deriva in ciò da un motivo più elevato, che non sia la volontà dell'autore. In entrambi i casi la coazione esterna, che viene esercitata dal diritto, corrisponde all' obbligo interno, sia che la volontà da se stesso se lo sia assunto, sia che anche senza esserlo assunto o voluto, esiste per se, e, come tale,vincoli la volontà.

Un' obbligazione della prima specie nasce dal Contratto, della seconda specie dai danni o lesioni (da azioni illecite) dal *delictum*, *maleficium* nel senso più lato, in cui è inclusa la *culpa*, l'inavvertenza, in quanto il mancare di una debita cura, obbliga al rifacimento dei danni. Poichè queste due specie sono essenzialmente diverse, e a fondamento dell'obbligazione sta la volontà, noi designamo le prime col nome di obbligazioni volontarie, e queste col nome d' involontarie, e tratteremo prima le volontarie (§ 103-111), e poi le involontarie (§ 112-113).

Ann. Aristotile (*Eth Nicom.* V, 5. p. 1131 a. b) distingue συναλλάγματα ἑκούσια, ἀκούσια.

Se nei vari sistemi alle suddette specie di obbligazioni si sogliono aggiungere ancora delle obbligazioni derivanti da rapporti speciali in cui si trovano gli obbligati, per esempio per comproprietà, per possesso di un suolo soggetto a servitù; questa distinzione, sebbene avesse un' importanza pratica, pur tuttavia non forma una specie coordinata alle precedenti; perciocchè indirettamente e in ultima analisi l' obbligatorietà in tali casi deriva dalla volontà dell'obbligato, in quanto che egli è entrato volontariamente in quella posizione o in quei rapporti obbligatori. Ond' è che noi le comprendiamo generalmente nelle obbligazioni volontarie.

§ 104. Il Contratto è l'accordo di due o più volontà in un fine comune; sicchè per ciascuna di esse il comune scopo diviene la loro norma costante. Un tale accordo è soltanto possibile, in quanto la volontà umana è un desiderio determinato dal pensiero, e l' universalità del pensiero supera i singoli oggetti e i pensieri particolari. Poichè l' individuo ha bisogno della cooperazione di altri individui per raggiungere i propri

Digitized by Google

scopi, ne segue che il contratto è una forma libera di completamento; e poichè il compito etico universale non può attuarsi che nella società, ne segue ancora che l'individuo è nel tempo stesso uno strumento nell'Organamento del tutto.Nel contratto le volontà individuali s'impongono una necessità,che viene garentita dal tutto mercè il diritto , il quale forza all' adempimento, quando il contratto non viene liberamente osservato. Senza di questa coercizione, solamente possibile nello stato, l'osservanza unilaterale del contratto potrebbe divenire un indebolimento o un pregiudizio della parte che l'osserva. Mercè questa garenzia esterna vengono indirettamente tutelate e agevolate nella vita sociale le premesse interne, su cui riposano i contratti, cioè a dire dal lato logico la conseguenza della volontà, e dal lato etico la fiducia. Senza la sicurezza, la quale dà sodi elementi ai progetti, il timore per la propria conservazione impedirebbe qualunque impresa sociale.La fiducia, che per tale sicurezza diviene una forza produttiva, ed è quindi apprezzata nell' economia sociale come un reale valore di commercio, eticamente supera qualunque apprezzamento, poichè rappresenta la volontà nella sua vittoriosa concordanza con se stessa contro la paura e la speranza, contro l'adescamento e la cupidigia. Giuridicamente, come moralmente, le volontà sono legate non dopo l' adempimento di una parte , ma al momento della scambiata promessa e dell' accettazione da ambo le parti; perciocchè la parola ricevuta è divenuta, se così possiam dire, proprietà intellettuale, e,come tale, base di un progetto e d' un partito architettato. Senza di ciò il calcolo egoistico potrebbe eludere qualunque contratto. Ogni alterazione adunque , quando non vi sia precedente riserva, è oggetto di un nuovo contratto. In tutto ciò il diritto coopera a rendere la volontà accorta e prudente nell'atto della convenzione. Quindi la stipulazione era originariamente una forma orale solenne, per cui il contratto diveniva obbligatorio; e dopo inventata la scrittura, la forma scritta, la quale presenta una immanenza anche esteriormente e conserva con più sicurezza l' identità , è divenuta di uso comune nei contratti ed è in certi casi necessaria. Al medesimo scopo di garentire l' adempimento dei contratti serve la omologazione dei contratti,

Digitized by Google

o secondo la comune usanza, la caparra. L'accordo delle volontà « atto intelligibile » non si divide in due parti, promessa ed accettazione (*promissum, acceptatio*), in modo che l'una avvenga prima dell' altra , ma è un solo e medesimo atto. Secondo l' opinione di Kant, questo pensiero di contemporaneità è stato espresso nei simboli della stipulazione (come il darsi la mano, il rompere una stipula presa dai due capi dai contraenti ecc.) 1).

Poichè nel contratto l' avvenuto accordo delle due volontà può esser rotto da un nuovo accordo, e il contratto può essere conchiuso o denunziato , rimane in questa forma di accordo un certo che d'arbitrario , per cui il contratto non può essere l'ultimo movente dell'origine ed ordinamento di una società necessaria, come sarebbe lo stato. I contratti, che senza la premessa della proprietà non possono obbligare che ad opere ed a scambio di opere, ebbero la più vasta latitudine mercè la proprietà , ed in particolar modo mercè il danaro , che in se comprende e misura tutte le operazioni del commercio ; essi , per dirla più universalmente e con termini antichi, dalla forma primitiva del *facio ut facias* si sono estesi alle forme svariate del *facio ut des, do ut des, do ut facias*. Similmente mercè l'invenzione della scrittura i contratti hanno immensamente guadagnato nella sicurezza della forma, e mercè l' invenzione del danaro nelle multiformi combinazioni e nella reciproca ed esatta soddisfazione. Vuolsi però notare, che in tutti questi intrecci e combinazioni è pur sempre l' istesso pensiero fondamentale, che sta a base del contratto, la volontà.

Ann. Il diritto nella santità dei contratti prende l'uomo sulla parola, e fa sì che la parola sia parola e l'uomo sia uomo. Questa conseguenza etica del diritto si presenta chiaramente ai nostri occhi, quando prendiamo ad osservare che valore abbia la promessa in uno stato eslege. Spinoza sotto tale rapporto dice: (*Tractat. polit.* Cap. II *De iure naturali* § 12): *fides alicui data, qua aliquis solis verbis pollicitus est, se hoc aut illud facturum, quod pro suo iure omittere poterat, vel contra,*

1) Kant, *metaphisische Anfangsgründe der Rechtslehre.* § 19.

Digitized by Google

tamdiu rata manet, quamdiu eius, qui fidem dedit, non mutatur voluntas. Nam qui potestatem habet solvendi fidem, is re vera suo iure non cessit, sed verba tantum dedit. La volontà corrisponde in ciò alla sua propria norma, e la fiducia colla distrutta conseguenza del pensiero unificatore è pur essa distrutta.

Isidor. orig. IV, 24: *stipulatio a stipula, veteres enim quando sibi aliquid promittebant stipulam tenentes frangebant, quam iterum iungentes sponsiones suas agnoscebant* Relativamente all'interpretazione di Kant si potrebbe dimandare, se il significato del simbolo non fosse piuttosto quello di togliere di comune accordo qualche cosa di vecchio e combinare insieme qualche cosa di nuovo. Giacobbe Grimm (*deutsche Rechtsalterthümer* 1828. pag. 138) dice: « la sanzione più comune di tutte le promesse e di tutti i contratti era il darsi la mano; uno batteva nella mano offerta dall'altro, e con ciò ambedue le parti restavano reciprocamente obbligate ». Si potrebbe dire: come le due mani, così muovonsi reciprocamente le due volontà, e divengono e si senton una.

§ 105. Relativamente alla suddivisione dei contratti, questi si possono disporre in vari gruppi a seconda dei motivi che riposano negli elementi essenziali del loro concetto. Poichè il contratto è l'accordo di due o più volontà in un medesimo scopo, i contratti si possono dividere parte secondo la forma obbligatoria manifestata dall'accordo, e parte secondo lo scopo, per cui le parti si accordano; il quale scopo poi può essere riguardato tanto in generale, quanto secondo il suo contenuto concreto. Nondimeno il contenuto concreto, che si va formando nei rapporti necessari della vita, e diviene sempre più svariato per le moltiplici forme che questi rapporti assumono, non ammette che una considerazione empirica e si sottrae ad una suddivisione generale.

Ora per ciò che riguarda la forma obbligatoria la più semplice si presenta nell'accordo espresso mercè la parola orale (contratti consensuali e verbali), e questa espressione si converte gradatamente in formole solenni e precise, come presso i Romani nella *formula (contractus formularius)*, ovvero in simboli solenni (come nella *mancipatio*). Il secondo grado consta dei contratti scritti (contratti letterali), i quali pur essi

Digitized by Google

possono crescere di forza mercè certe formalità, p. es. mercè omologazione giudiziale. Nel terzo grado finalmente si presentano quei contratti, in cui l'accordo si è già di fatto rivelato mercè reali prestazioni, come per consegna ed accettazione di una cosa (*obbligatio re contracta*, contratti reali). Dal punto di vista della forma obbligatoria esterna i contratti si possono quindi dividere in orali, scritti e reali. Il contratto tacito (contratto puramente e rigorosamente consensuale) lascia sempre presupporre una manifestazione, per quanto piccola, dell'accordo mercè la parola o il fatto, o arguire un tale accordo da certi segni; e appartiene quindi ad una delle dette specie.

· Relativamente al contenuto i contratti hanno principalmente per iscopo o una donazione (vantaggi senza contraccambio), o un semplice scambio, permuta (prestazione e controprestazione), o un accordo per tutto un affare in comune (società). Queste tre specie di contratti hanno ciò di comune, che rappresentano originariamente un accordo di varie volontà. Di rincontro ad essi sta una specie di contratto, che intende a risolvere un insieme di reclami già avvenuti nel commercio, e quindi tende ad una divisione (transazione).

I contratti di donazione sono per loro natura unilaterali, poichè non obbligano che una sola parte, e si chiamano perciò contratti beneficiari. Essi riguardano o donazioni di proprietà (la proprietà presa nel senso più lato, sia di cose, o di utili, o di diritti, *donatio*), o donazioni dell'uso di una cosa (contratto di prestito, *commodatum*), o donazione di un qualche servigio a prestarsi (gratuita accettazione di un *depositum*, di un *mandatum*).

· I contratti di permuta, di loro natura bilaterali, si chiamano contratti onerosi; sebbene questo nome, se non lo si riguarda in opposizione ai contratti beneficiari, dia luogo ad equivoci. Essi si sono svolti sotto infinite forme, particolarmente mercè l'intermedio del danaro. Se, come nei contratti beneficiari, la proprietà, l'uso e la prestazione di un servigio si riguardano come gli oggetti più essenziali dei contratti di permuta, se inoltre si considera che non solo si può permutare proprietà con proprietà, l'uso d'una cosa coll'uso di un'altra, e una

Digitized by Google

prestazione con una controprestazione di opere, ma sì ancora la proprietà con un uso, una proprietà con una prestazione di opere, un uso con una prestazione, e viceversa; se si aggiunge ancora che invece delle prestazioni di una cosa si può dare in ricambio del denaro, e che mercè il danaro si possono acquistare proprietà, uso e prestazioni di servigi; e finalmente che il danaro stesso, quale rappresentante di tutto ciò che con esso si può ottenere, è un bene di un valore universale e può divenire esso stesso oggetto dei contratti di permuta; chiara si scorge la moltiplicità innumerevole delle specie dei contratti di permuta, la cui completa suddivisione dovrebbe seguire tutte queste combinazioni. Quali specie principali dei contratti di permuta si ponno designare: A) La Permuta nel senso più stretto della parola, merce con merce; B) lo scambio di una cosa mercè denaro, Compra *(emtio, venditio)*; C) l'uso di una proprietà per danaro, Locazione (*locatio,condutio*); D) l'uso di forze materiali mercè danaro, Locazione di Opere; E) il profitto di forze nobili e spirituali mercè danaro, Locazione dell'opera dell'ingegno; F) l'uso del danaro scambiato con danaro, la cui proprietà viene trasmessa a condizione che il danaro sia restituito *(res fungibilis)* in ugual valore, Prestito ad interesse, *mutuum*.

Il contratto di società, non limitato a singole prestazioni e controprestazioni, è di natura più generale, poichè mira ad un determinato scopo comune mercè determinate comuni prestazioni. Però esso ha delle gradazioni, secondochè il vincolo risiede semplicemente nella volontà dei temporanei partecipanti (*societas*), o che lo scopo della cosa, sebbene fondato sull'accordo degl'individui, acquisti una esistenza indipendente, che trascende il loro arbitrio individuale (Associazione). In quest'ultimo caso il contratto si eleva a tale altezza da unire le volontà ad uno scopo comune nel senso di un tutto più elevato e da renderne l'esistenza indipendente dall'entrata o dalla uscita degl' individui.

La Transazione risolve in via di contratti un litigio di diritto; esso è un contratto, mercè il quale le parti stabiliscono i diritti su cui erano in controversia, per modo che a vicenda rinunziano o concedano alcuna cosa. La transazione si distingue

Digitized by Google

dalla donazione pel vicendevole rinunziare o concedere e per l'oggetto, in quanto che questo era prima in controversia. Ad essa equivale il comune assoggettarsi ad un arbitro, il cui pronunziato, poichè viene in luogo dell'atto di transazione, stabilisce in luogo delle parti il contenuto dell'accordo.

Le specie dei contratti fin quì designate, (donazione, permuta, società, e transazione) sono originari. Tutti però possono ricevere una forza maggiore, affinchè ne sia assicurato lo scopo ad una parte, all'altra o ad amendue mercè un contratto aggiunto, il quale serve a ciò, che se il contratto principale non venisse adempiuto nelle determinate condizioni, ne stabilisce in subordinazione un carico. Un tale contratto di cautela, contratto di pegnorazione e di garenzia, il quale esternamente dà maggiore sicurezza alla copula del contratto, può chiamarsi di rincontro ai contratti originali un contratto aggiunto o accessorio.

Per la varietà dei rapporti umani e dei contratti che ne derivano una esatta e completa divisione dei contratti presenta grandi difficoltà. Nel quadro precedente i contratti di donazione, di permuta e di società formano una serie progressiva e continua, perciocchè lo scopo si eleva da una prestazione unilaterale ad una bilaterale fra individui, e da questa ad una di rapporti generali; laddove la quarta specie, il contratto di transazione, interrompe la serie, mercè un nuovo punto di vista. Questa quarta specie è in opposizione alle precedenti tre, in quanto che in quelle si ha per fondamento un volontario aumento di forze, laddove il fondamento di questa è una separazione resasi necessaria; e in ciò potrebbesi trovare un motivo più elevato della separazione, il quale coordini la quarta alle altre tre specie.

Tra i contratti bilaterali devonsi ascrivere anche i contratti aleatori (giuoco, scommessa), non solo perchè amendue le parti s'impongono degli obblighi sotto date condizioni, sebbene dopo la verificazione di esse sia una sola che paghi; ma ancora perchè il contratto nel giuoco o nella scommessa, che originariamente è riguardato come lotta e vittoria (conf. *victor*, *victus* nei giuochi di fortuna *Dig.* XI, 5. *Cod.* III, 43) si manifesta come un contratto di riscatto, e quindi appartiene ai contratti di permuta.

Digitized by Google

Quando in una obbligazione subentra in luogo del primo un nuovo debitore, come nella novazione, o un nuovo creditore, come nella cessione, ciò presuppone un contratto originario, e non ne forma una nuova specie, e perchè in realtà non si fa che rinnovare l'antico contratto, e perchè il contratto, che produce una tale novazione, già appartiene ad una delle suddette specie. Se per esempio un'obbligazione di debito viene ceduta, si che un nuovo creditore subentra all'antico, l'obbligazione primitiva è rinnovata solo verso un'altra persona, e questa sostituzione avviene per una delle predette specie, ad esempio per compra o donazione.

Ann. La ripartizione dei contratti secondo Kant (*metaphisische Anfangsgründe der Rechtslehre* § 31) e quella analoga di *Hegel* (*Rechtsphilosophie* § 80) non è logicamente soddisfacente, perciocchè in particolar modo il contratto di cauzione (*cautio*), che può combinarsi con ogni specie di contratto gratuito od oneroso, viene, secondo essi, considerato come una terza specie (V. Wirth *System der speculativen Ethik* 1842, II, pag. 148 e seg.). La divisione da noi proposta è ordinata in modo, che i contratti secondo il loro contenuto o provvengono da un primitivo bisogno di un libero aumento di forza, ovvero mirano ad appianare una discrepanza di dritto. Nel primo caso i contratti sono o principali (donazione, permuta, società), o secondarii in quanto che danno sicurtà a quelli e quindi li presuppongono (pegnorazione, cauzione); nel secondo caso essi si chiamano contratti di transazione. Se la lingua avesse un' espressione che significasse l' opposto di transazione, per designare l' impulso umano ad unire le forze di fronte all'accordo per risolvere una lite, questa divisione si sarebbe già da gran tempo chiaramente pronunziata.

§ 106. Dall' accennato concetto del contratto derivano delle determinazioni essenziali tanto per coloro che concludono, che per l'oggetto del loro accordo.

Dove la legge non riconosce la volontà piena, come nei fanciulli, nei mentecatti, nei violentati o intimiditi, quando l'intimidazione confina colla violenza, o finalmente dove non è possibile di esternare la volontà, come in certe circostanze pei sordo-muti; in cotali casi la legge non può riconoscere la capacità a contrarre, e quindi il contratto come valido.

Digitized by Google

Fino a qual punto una intimidazione possa essere calcolata come violenza fisica è quistione molto difficile a risolvere nei rapporti etici; poichè se la legge riconosce valido un contratto risultato dall' intimidazione, essa favorisce un abuso della morale autorità; e se lo dichiara invalido, favorisce in chi subisce l'intimidazione la debolezza d' animo, che cede alla paura. Egli è perciò che le leggi cercano di trovare delle disposizioni intermedie, le quali evitino l'uno e l' altro male.

Poichè il contratto è l'accordo di due volontà, resta a vedere se e fino a qual punto in un contratto una parte sia legata a questo, quando l'altra parte non sia legalmente capace di conchiudere, come avviene per esempio in un contratto col minore. Anche in questo caso il diritto dovrà preservare le condizioni morali, che mirano a ciò che la volontà, per legge incapace a contrarre, non soffra prègiudizio (Conf. le *negotia claudicantia*).

Dove l'oggetto o le condizioni di un contratto siano impossibili o fisicamente, o per legge, il contratto, non riconosciuto in diritto, è quindi nullo. L'oggetto fisicamente impossibile di un contratto annulla il contratto stesso, e ciò anche nel caso che la prestazione sia legata al verificarsi di una condizione fisicamente impossibile. Se per lo contrario la prestazione è legata al non verificarsi di una condizione fisicamente impossibile, quest' aggiunta nulla influisce al corso regolare degli avvenimenti, e si considera come se non ci fosse. Un contratto si annulla da sè, quando ha per oggetto delle azioni, su cui le volontà dei contraenti non hanno alcun potere.

Nel giudicare un contratto le condizioni presentano una speciale difficoltà; poichè, prescindendo anche dalla possibile incertezza della espressione, introducono anche l'incongruenza di ciò che è stato pensato e preveduto nel conchiuderlo con ciò che gli avvenimenti hanno presentato e realizzato. A chiarire tutto ciò v' ha bisogno di acume e prudenza. Senza l'equità delle parti (§ 83), su cui l' amministrazione della giustizia deve principalmente agire, facilitando le transazioni, può facilmente avvenire che le condizioni di un contratto con la loro Logica facessero fallire l'Etica del suo significato.

Per la sicurezza del contratto si richiede precipuamente l'e-

Digitized by Google

satta determinazione del momento in cui l'obbligazione comincia ed in cui cessa: importa che si esprima con precisione, quando si stringa e quando si scioglia il vincolo giuridico; altrimenti ogni parte fa il conto a proprio vantaggio. La precisione previene il litigio delle parti e lo appiana prima che avvenga (§ 45). La logica della legge si presenta in piccolo in ogni contratto.

§ 107. Il diritto contrattuale, diretto al libero aumento delle forze, deve offrire da un lato il campo più vasto possibile all'accordo delle volontà, e dall'altro invigilare a che un contenuto, che non lo meritasse, possa godere la protezione della legge. Quindi questi due indirizzi, uno promuovendo il libero accordo, l'altro non proteggendo un rapporto immorale, possono trovarsi in contrasto. Il diritto, come tutto, si contraddirebbe, se volesse tener per valido il contratto che avesse per oggetto una cosa da esso vietata. Ma lo spirito etico del diritto va più in là ancora, e si rifiuta di prestare il braccio della legge ai contratti di natura sì individuale, che non possono essere colpiti dalla legge comune, ancorchè contengano delle condizioni non eque.In ciò stanno di ricontro due pericoli; l'uno, che l'autorità della legge, la quale vige in difesa della morale, intervenga per un contenuto immorale; l'altro che la legge s'immischi in un interesse individuale e privato, che essa nè può sorvegliare, nè deve sottoporre alla sua giurisdizione. Il diritto deve cercarsi una via di mezzo fra questi due pericoli, la quale è pur difficile a trovare. Se al diritto non spettasse d'interessarsi del contenuto morale d'un contratto, esso diverrebbe in mano dell'individuo strumento ad assicurare validità e consistenza all'accordo egoistico ed arbitrario, e abbasserebbe la sua elevatezza. Se per lo contrario al diritto toccasse di esaminare ogni contratto, prima che questo acquistasse validità, esso, anzicchè dare prontezza e sicurezza al commercio, diverrebbe una tutela, che renderebbe i contratti soggetti e incerti. Con ciò soffrirebbero la libertà e il movimento della vita. Nella conciliazione, che quì si rende necessaria, le parti tendono quindi verso due lati opposti, secondo che più rappresentano la forza del tutto o la libertà degli individui.

Digitized by Google

Ann. Quali esempi tratti dal diritto romano si presentano quì opportune le disposizioni sulla *laesio enormis* Cod. IV, 44, 2; e sulla usura (conf. § 108).

Lo spirito etico del dritto privato romano si rivela specialmente nei casi, in cui il contratto non è valido, e riman senza legale protezione, perchè il suo contenuto è contrario al buon costume (*contra bonos mores*). Così per esempio nel Digesto XXXIX , 5, 29 , Confr. Codice II, 3 , 30 , viene disposto di respingere i reclami di colui, che in vista di una eredità abbia preventivamente donata una parte dei beni del possessore ancor vivente e senza il consentimento di questo, ritenendosi in tal caso la donazione come nulla, avendo egli agito contro il buon costume. Secondo il Cod. VIII, 39, 4. Conf. Diges. XL, 1, 61, i contratti ereditari sono nulli, perchè contrari al buon costume. Il testamento racchiude la possibilità che la volontà del testatore si cangi, e quindi riserva le ulteriori disposizioni; laddove il contratto ereditario lega la volontà e la rende soggetta. Nell'emettere una tale disposizione forse i romani trovavano cosa inconveniente e immorale il farsi promettere una eredità per via di contratto (conf. § 146). Secondo il Diges. XLV, 1, 134 la promessa di matrimonio non dev' essere assicurata mercè una multa, e contro chi ciò facesse v' è una *exceptio doli mali*, essendo contrario al buon costume di obbligare al matrimonio con un mezzo siffatto. Il divieto imposto alle donazioni fra i coniugi (*donatio inter virum et uxorem* Dig. XXIV, 1,1) mira a tener lontano l'amore dall'interesse egoistico. Secondo il Diges. L, 13, 1 § 12, e Diges. XVII, 1, 7 il diritto romano garantisce il buon costume , vietando i contratti che, pendente il processo, si conchiudono col procuratore intorno al compenso dovuto. Secondo il Dig. XXVIII, 7, 8 conf. Ulpiano 50 *ad edictum* e Cicerone *in Verr.* II, 1, c. 47 il pretore ha di mira il buon costume, quando in un legato testamentario ritiene come non messa la condizione di promettere una prestazione per giuramento , e chiede soltanto la promessa prestazione , perchè egli in parte vuole combattere la leggerezza del giuramento , in parte non vuole privare del legato quei tali , che rifuggono da qualunque giuramento nel caso che prestino ciò , che dovrebbero giurare di prestare. In generale diee Ulpiano Dig. XXXV, I, 26: *generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti*, e nello stesso senso Papiniano (Dig. XXVIII, 7,15) nel considerare una condizione inamissibile in un testamento : *quae facta laedunt pietatem existimationem*

Digitized by Google

verecundiam nostram et (ut generaliter dixerim) contra bonos mores sunt, nec facere nos posse credendum est. V. Dig. XVI, 3, 1 § 7.

L'antico germano giuocava la sua libertà a dadi, ma oggidì un tale commercio non è dalla legge riconosciuto. Qualunque azione di debito per prostituzione, o di compenso per non un articolo infamante di un giornale, o cosa simile, deve essere respinta da qualunque legge.

Qui torna in acconcio il domandare, se un contratto per introdurre delle merci di contrabbando in un paese amico sia lecito, e se gli obblighi che ne derivano siano da proteggere dalla legge. Lo stato che ciò facesse non solo renderebbe disobbedienti alla legge i sudditi stranieri, ma abituerebbe anche i propri all' ingiustizia (§ 161). All'istesso ordine d'idee appartiene ciò che la legge fa in rapporto ai giuochi d'azzardo, sia vietando i contratti di giuoco, sia dichiarando inammessibili innanzi ai tribunali le obbligazioni che ne derivano. Lo scopo interno dei contratti, che il diritto deve garentire, è il compimento delle attività. Ora i contratti di giuoco riescono appunto al contrario; finiscono per dividere le forze e consumarle a vantaggio di una sola parte. Se il compito della legge è di garentire le condizioni morali per la miglior vita sociale, umanamente possibile, essa deve preparare un libero campo all'attività creatrice e al lavoro profittevole, non alle inquietudini della speranza e del timore che si avvicendano, arrestando ogni attività produttiva. La legge non deve promuovere le condizioni ad un improvviso arricchire, che rende spensierato, o all' improvviso impoverire, che getta l'infelice nella disperazione.

Nelle imprese commerciali la speranza di guadagno va parallela al rischio di perdita. La speranza di un gran guadagno incoraggia ad un forte arrischiare per un fine, il quale sta in attiva connessione cogli scopi della vita, e ricompensa i danni. Questo arrischiare e guadagnare, giustificato dal fine, si è allontanato dal suo operoso contenuto negli affari di differenza di borsa, e con ciò è sceso ad essere un giuoco di azzardo, una oziosa scommessa sulle combinazioni commerciali dell'avvenire. Il negare la protezione e l'assistenza del dritto al giuocatore d' azzardo e al giuocatore di borsa sì, che non possa reclamare giudizialmente il suo guadagno, è una contromisura molto dubbia e incerta; perciocchè i rapporti di credito possono garentire al giuocatore sufficiente sicurezza, quando il credito pubblico facilmente offeso, e che si vendica da se, respingerebbe dal commercio colui, che ha mancato di parola.

Digitized by Google

Quando poi gli stessi uomini di stato, i quali contribuiscono a formare queste combinazioni del commercio, si danno essi medesimi al giuoco di borsa, e mettono nel bossolo della sorte gli avvenimenti del giorno, cui essi stessi dan mano, per trarne vantaggio; l'utile maggiore, che ricavano dalle circostanze che l'opera loro ha prodotte, e l'uso egostico, che fanno delle notizie politiche da loro ricevute per fini più elevati e agli altri ancora sconosciute, appartengono, se si riguardano coll'occhio di un giuocatore onesto, alla classe di quegli artifizii spregevoli, che i francesi designano nei giuochi di carte con l'espressione « dar aiuto alla fortuna » (*corriger la fortune*); e se si riguardano dal punto di vista del diritto, a quei delitti che i romani perseguivano sotto il nome di *crimen repetundarum*, *crimen peculatus*. L'astuzia, che sotto la veste del commercio egualmente libero per tutti, attira nella propria borsa il danaro altrui mercè la propria e vantaggiosa posizione, non è meno condannabile dell'aperta violenza, della rapina o della estorsione. In amendue i casi, riguardati eticamente, si rivelano i segni manifesti della cupidigia, che Platone e Sallustio notano come malattia contagiosa degli stati in decadenza. Se manca una legge contro questo egoistico abuso di ufficio, è perchè forse non gioverebbe, atteso il mistero in cui si avvolgono tali fatti: nondimeno un principe energico potrebbe, quale medico risoluto, vincere tale malattia dei suoi subalterni mercè pronti ed energici farmachi. Dove però un principe, per guadagnare egli stesso, seducesse il popolo al giuoco di borsa, egli cesserebbe con ciò dall'essere il padre della nazione, e si mostrerebbe bastardo fra i principi.

È proprio dello spirito etico, caratteristico del diritto romano, di permettere i giuochi di danaro soltanto come giuochi di attività umana, poichè con ciò diventa oggetto di gara ciò, che in altri giuochi è smania di guadagno. *Dig.* XI, 5, 2. *Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere, praeterquam si quis certet hasta vel pilo iaciendo vel currendo saliendo luctando pugnando, quod* v i r t u t i s *causa fiat.*

§ 108. Mercè l'invenzione del danaro, l'invenzione cioè di un comune mezzo di scambio generalmente riconosciuto, che, sebbene fosse esso stesso una merce, è pure una misura e un segno generale per ogni sorta di prestazioni e di cose (Dig. XVIII, 1, 1), i contratti divengono di una varietà e facilità straordinaria. Senza del danaro lo scambio non potrebbe aver luogo che mer-

Digitized by Google

cè i prodotti della natura o dell'industria e mercè servigi personali; senza del danaro le imposte non potrebbero soddisfarsi che in prodotti di natura, o per servitù, come al tempo del feudalismo, e il prezzo di un valore sarebbe difficile nei prodotti, limitato e non libero nelle servitù. Solo col danaro si è resa possibile la divisione del lavoro, e quindi il suo perfezionamento; mercè il danaro il lavoro si aumenta per la possibilità di commisurarvi la marcede, e metterla a libera disposizione; col danaro si ha il mezzo di unire le forze attive in varia gradazione ad uno scopo comune, e di ridividerle liberamente nel godimento del guadagno, come avviene negli opificii e nelle società; col danaro si ottiene l'esattezza nella misura dei valori e si aumenta l' elemento matematico nella giustizia proporzionale (§ 45, § 51). Egli è così solamente che si promuove la facilità del commercio.

Questa libertà, dalla legge concessa sotto determinate condizioni, di dividere cioè e di unire, ha una grande influenza etica; essa promuove la moralità individuale, acciocchè ciascuno faccia il debito suo, e promuove la giustizia, perchè ciascuno può esigere ciò che gli spetta.

Il danaro offre il modo più preciso di unire l'interesse di chi lavora con quello di chi fa lavorare senza disavanzo di fatighe o di obblighi accessori. Mercè il danaro si rende possibile una maggiore e più generale previdenza per l'avvenire; lo che è un progresso veramente umano, poichè la conservazione di se medesimo non diviene così solo un pensiero del momento, cioè a dire puramente sensuale. Mercè il danaro si rafforza l'elemento labile della vita, la possibilità di continuare a muoversi, ancorchè lentamente, dove senza di esso si precipiterebbe; la sicurtà si aumenta anche nelle cose incerte, e da ciò nasce la indipendenza dal momento, e la libera inclinazione alla produzione. Mercè il danaro l' attività individuale può moltiplicarsi; poichè oltre alla propria attività immediatamente produttrice degl' individui, questi ponno lavorare ancora mediante terzi, mettendo a profitto il capitale acquistato, il quale è il prodotto del lavoro passato. E con ciò si aumenta la generalità della sua azione.

Relativamente al contratto il danaro è di una importanza

Digitized by Google

grandissima. Le proposizioni *do ut facias*, *facio ut des*, e *do ut des* superano di gran lunga nel commercio l'antico *facio ut facias*.

Tutti questi successi son dovuti al danaro e alla sua destinazione. Però di fronte ad effetti sì prodigiosi sono inevitabili altresì dei cattivi effetti secondari, particolarmente quando l'egoismo, l'impulso fondamentale dell'uomo, s'impossessa del danaro come d'un suo strumento. Contro tali effetti secondari la legge moderatrice ha da rivolgersi, onde combattere l'avidità nelle molteplici sue forme.

Il danaro ha un pregio tutto umano, quando, simile in ciò al pensiero che riporta il particolare all'universale, esso offre il mezzo di elevare tutto ad un valore generale. Ma il danaro che effettua questa generalizzazione, come un mezzo chimico risolvente, può anche tentare di assorbire o trasformare delle cose, le quali rispetto a lui devono mantener salda la loro propria natura. L'universale, che è un lato della natura umana, si mostra nel valore del danaro talmente preponderante, che appena lascia luogo all'altro lato, all'individuale. Alcuni economisti sono andati tant'oltre, da valutare certe virtù, come la sobrietà, la fedeltà, ecc. alla stregua del danaro; perchè l'incontinenza del bere produce sciupo di danaro e di forza, che dovrebbe essere impiegata all'industria, e perchè l'infedeltà ha necessariamente bisogno di un controllo.

L'invenzione del danaro non è come le altre invenzioni un semplice fatto staccato, nè la sua applicazione un semplice affare di reciproco bisogno: il danaro riceve il suo valore e il suo prezzo, sotto un certo aspetto, dal tutto della società, e una condizione della sua possibilità e dei suoi effetti sta nella garenzia e nella protezione dello stato. Quindi nel diritto che garentisce il significato etico del danaro, i rapporti individuali s'incontrano coi rapporti dello stato; e su entrambi poggia il suo principio costitutivo.

Sol col danaro sorge il concetto del capitale, inteso nel vero senso della parola.

Quando l'istesso danaro diventa oggetto di un contratto di compra o di prestito, ei bisogna vedere fino a qual punto è giusta

Digitized by Google

la vendita e il prestito, il quale secondo il suo concetto racchiude in se la restituzione del valore, siccome avviene nel mutuo. Mentre nell'antichità si dava piena libertà di dare a frutto fino ad un interesse elevato, ciò fu vietato o limitato dalla legislazione ebrea, maomettana e canonica, e sulla loro base anche dall'alemanna. Quindi quì nasce opportuna una obbiezione speciale del dritto naturale; a cui si risponde principalmente in via indiretta, riflettendo a ciò che avverrebbe, se gl' interessi fossero vietati. Il denaro in luogo di fruttare resterebbe in tal caso ozioso, come un tesoro sepolto, e mancherebbe ogni allettamento di esporlo ai pericoli del commercio. Mercè la prestazione del danaro si dà un mezzo potentissimo a sostenere od a salvare nelle vicende del commercio certe situazioni minacciate o periclitanti. Il divieto degl' interessi limiterebbe di molto tali soccorsi, i quali assai raramente vengono prestati senza titubanza o timore di perdita. Ma vi ha pure una ragione diretta a mantenere gl'interessi. Il capitale, col quale il mutuatario lavora, produce in sua mano un guadagno; esso, anche quando sia dato per coprire un bisogno, rappresenta ed è da pareggiarsi ad un guadagno; quindi è giusto che il mutuatario ceda una parte proporzionale del suo guadagno al mutuante, senza di cui egli non avrebbe nulla guadagnato. In molti casi al mutuante sfugge un guadagno, o gli avviene un danno, cui non può riparare, per aver già prestato il suo danaro: e in questi casi gl'interessi sono un giusto compenso (interesse nel suo vero e proprio significato). Oltre a ciò il mutuo di un capitale è simile alla locazione di un campo, di uno stabile, ed anche al nolo di un mobile; e quindi bisogna che il mutuatario paghi il noleggio del capitale. L'analogia, senza di cui l'unità della ragione interna mancherebbe, decide quindi pel riconoscimento degl'interessi. Daltronde se non si ammettessero, il diritto contro ai debitori dovrebb' essere più rigoroso. In tutti gli accennati indirizzi il prestito ad interesse cade sotto la forma etica universale dell'Afforzamento, il quale in quest'ordine del commercio si riconosce molto più facilmente che l' Organamento del tutto. Nella crescente progressione degl' interessi aggiunti ai capitali, nella frequente manipolazione d'un capitale nel commercio,

Digitized by Google

qualora si evitino le perdite, il capitale può aumentare indefinitivamente. Ora se il danaro è potenza, e non si può immaginare potenza senza forze, ne segue che negl' interessi si presenta un' analogia con una forza dispotica della ricchezza. Quando ha luogo quest'effetto indiretto, che può verificarsi senza che si possa incolpare l' individuo di aggravare eccessivamente il debitore, lo stesso Afforzamento, che presentano i singoli casi, si cambia in generale in potenza oppressiva, opposta ad un equo Organamento. Ancora non si è trovata una giusta via di mezzo, la quale faccia in modo, che mentre renda produttivo il capitale, ne limiti il cumulo, acciocchè l' acquisto di esso non diventi un monopolio.

Nel commercio individuale le leggi sull'usura cercano di prevenire questo cattivo effetto secondario del danaro, affinchè la reciprocanza di aiuto, che il danaro dovrebbe produrre, non traligni in soperchiante guadagno di una sola parte. Per usura si devono intendere quegl'interessi, che stieno in tale sproporzione con quelli, che il capitale possa produrre in mano del mutuatario, che soltanto il mutuante guadagni a certo discapito del mutuatario, e che inoltre sieno stati fissati colla piena coscienza di tale sproporzione. Il divieto dell' usura ha il significato etico di proteggere il bisognoso, che, guardando solo all' aiuto del momento, assai leggermente promette qualunque mercede per tale aiuto contro la sordida avidità, che è moralmente l'opposto del soccorso richiesto.

Però la compilazione e l'attuazione di tali leggi non raggiunge gran fatto il suo intento; poichè ciò che il capitale attivo può guadagnare,e quindi anche l'equa parte che guadagna il mutuante, cresce o diminuisce a seconda delle instabili circostanze e della condizione speciale dell' individuo, e non basta a stabilire con sicurezza il massimo dell' equo e quindi del lecito interesse mercè una misura esterna, come sarebbe il così detto interesse corrente. Oltre a ciò è assai difficile di sorprendere l'usuraio. L' avidità di guadagno è astuta; e poichè il bisogno si piega facilmente, quando spera un aiuto, l'usura simula un affare dalla legge permesso, e riesce difficile ad essere scoperta e convinta; come avviene, ad esempio, negli affari in cui il

Digitized by Google

mutuo simula il prezzo di compra, e l'usura la prestabilita ricompra; ovvero negli affari cambiari sotto forma di un semplice credito cambiario maggiore della somma ricevuta. Si aggiunga che l'usuraio, spinto dal divieto, porta l'usura ad un grado ancor più alto per guadagnare in caso di riuscita la multa pagata nei casi scoverti; oltrechè l'esperienza del commercio di danaro insegna, che in senso mercantile i capitali si ritirano, quando col pericolo di una perdita non aumentino le speranze di un maggior guadagno, e che pertanto le leggi sull' usura, limitando il guadagno, impediscono quel giusto aiuto che altrimente si troverebbe. Sicchè sotto tali aspetti considerate, sarà giusto il dire che le leggi sull'usura sono quelle che producono l'usura e gettano il bisognoso in balìa dell'usuraio. Considerate da questo aspetto le leggi sull' usura ad interessi stabili non possono sostenersi.

Ciò nondimeno l'ingordo profittare dell'altrui bisogno è una usura colpevole, e lo spirito etico della legislazione non può dichiarare non punibile un' ingiustizia d' impronta sì individuale, qual'è l' usura. L' etico rispetto dell' amministrazione della giustizia è minacciato, quando essa sia obbligata ad eseguire ed a certa guisa a confermare dei contratti di sì immorale contenuto. Onde nasce spontanea una domanda, se cioè in causa dei falsi effetti secondari delle leggi sull' usura fin qui esistite si debba cancellare in generale il concetto della usura dalle serie delle azioni punibili, o se invece non meritasse di tentare, se non riuscisse mercè l'apprezzamento individuale, quale si può ottenere mercè i giurati, di perseguire l'usuraio ed in particolare chi esercita l'usura per mestiere sino nei suoi più reconditi nascondigli. Non recherebbe verun danno se in tali casi, come in altri, il compito del dritto civile fosse diverso da quello del diritto penale. Mentre il diritto civile deciderebbe la causa colle norme del contratto, cioè dell'accordo comune delle parti, il diritto penale colpirebbe la persona dell' usuraio e così non mancherebbe l'azione di sorveglianza morale sulla conclusione del contratto.

Ann. Il concetto dell' usura si è cangiato col corso del tempo. Secondo il dritto canonico v' è usura, ogni volta che in generale si

Digitized by Google

percepiscono interessi, cioè una moneta superiore al capitale; secondo il diritto comune (tedesco) soltanto quando si oltrepassa l'interesse legale.

Il motivo etico del divieto d' interesse nel diritto mosaico era l' amore del prossimo, quale membro della medesima nazione (conf. § 48). 1. Mos. XXII, 25: « se presti danaro al mio popolo, povero presso di te, non devi recargli danni, nè richiedere da lui usura ». Conf. 3 Mos. XXV, 36; quindi 5 Mos. XXVIII, 20 nella legislazione deuteronomica « dallo straniero puoi trarre usura, ma non dal tuo fratello ». Nel senso dell' amore cristiano si dice in Luca VI, 34 seg. « e se prestate a coloro, da cui sperate guadagno, chi ve ne sarà grato? »; « amate i vostri nemici, fate del bene e prestate senza viste di lucro ». Nel diritto mosaico adunque il divieto dell' usura mira a tener lontana la durezza del cuore verso gl' individui della propria nazione;e nel passo del vangelo si esige il sentimento di disinteresse (senza mira di guadagno). Questa esigenza etica per se stessa non è un divieto civile dell'interesse, e non ha applicazione,che dove si tratti di prestiti per beneficenza e per soccorsi ai bisognosi. Il diritto canonico ne fece una legge penale pel clero e pei laici, e nei tribunali ecclesiastici s'inquisiva l'intenzione, se mai il mutuante avesse sperato guadagno, per infliggere la pena dell' usura. Ma il bisogno di prestar danaro aveva ben altri motivi, oltre quello di semplice soccorso. Dove si trattava d' imprese impossibili a realizzarsi senza un cumulo di danaro, l' originario motivo del divieto d'interessi non aveva più ragione di esistere. E allora si ricorse ad un altro motivo etico; e si disse che il lavoro doveva essere pagato, poichè meritava un premio; ma che il danaro, che non è lavoro, non doveva fruttare; e in appoggio di ciò si citava un passo di Aristotile (*Polit.* I, 10, pag. 1258 a 37 e seg.), nel quale l'interesse del danaro, ricavato da danaro, è riguardato come un frutto contrario a natura. Il commercio, col divenire più esteso, richiese ed ottenne eccezioni (Massimo Neumann, *Geschichte des Wuchers in Deutschland.* Halle 1865. pag. 177 seg.). Si formarono in special modo dei surrogati artificiali, che da una parte erano disadatti ed aggravavano il commercio, com' erano ad esempio le compre dei redditi (*emtio reditiuum*), e dall' altra facilitavano l' usura, anzicchè impedirla. Quando Lutero inveisce contro l' interesse, ciò che più gli ripugna si è « lo starsi oziando innanzi al camino » mentre il danaro si moltiplica (ai parroci per incitarli a predicare contro l' usura 1540); la qual cosa non è che un falso effetto indiretto di

Digitized by Google

una cosa per se stessa giusta. E quando Lutero, come già prima di lui i canonisti, richiede la restituzione dell' interesse (del *lucrum cessans* e del *dumnum emergens*), con ciò permette un interesse moderato. La necessità dell' interesse fu particolarmente dimostrata da Bacone da Verulamio *Sermones fideles siva interiora rerum* 1597 c. 39 e Salmasio *de usuris* 1638. Nella dottrina canonica l'importanza etica del divieto dell' interesse, prescindendo dal sentimento di soccorso quando si prende a prestito per bisogno, cadeva sul valore e sul premio dell'immediato lavoro, verso il quale il danaro imprestato rimaneva ozioso. Nelle tendenze della vita moderna il libero scambio delle forze e l'attività delle libere imprese sono il motivo impellente, il quale si avvale anche dell'interesse egoistico e non rifugge dall'avidità del mutuante. Anche in ciò si tratta alla fin fine di lavoro; ma le condizioni del capitale, che rendono il lavoro possibile, sorpassano la parte di guadagno che rimane al lavoro. Sul terreno di questa sproporzione hanno ben che dire le teorie comuniste e socialiste (§ 148). Non si può dire che la possibilità di capitali che producano interessi riposi nella legislazione sopra un fondamento immorale. Finchè si parte dall' individuo, non si trova nessun errore nei punti di vista che servono di guida; ma la esuberanza della ricchezza e l'impoverimento della massa, che per essa lavora, accennano pure ad un difetto nell' organamento, contro il quale le leggi non hanno ancor trovato rimedio.

Sul presupposto della possibilità di un maggior guadagno (*lucrum cessans*) riposa forse la permissione concessa ai commercianti di farsi promettere interessi più elevati, anche quando la misura dell' interesse è legalmente circoscritto.

Plutarco ha in particolar modo designato come la peggior specie di usura il prestito nautico, *foenus nauticum* (Catone il vecchio Cap. 21). Ciò che v' ha di biasimevole però non riguarda la cosa in se, bensì l' eccesso nell' esercitarla. Dappoichè nel prestito nautico questo unitamente all' interesse si paga soltanto, quando la nave o il carico, che hanno servito come di pegno, giungono sani e salvi al luogo di destinazione; dimodochè il creditore assume sopra di sè i pericoli del viaggio; e quindi l'interesse diviene maggiore in ragione del maggior rischio di perdita. In questa, come in ogni altra impresa commerciale, il maggior rischio viene equiparato dalla possibilità di un maggior guadagno. Potendo in generale, e particolarmente in un porto di ricovero, essere di grande importanza pel navigatore di trovare un prestito, pel quale egli non

Digitized by Google

può dare altro pegno che quello mal sicuro del suo bastimento; il prestito nautico diviene pel commercio cosa importante e giusta, e colla infinita varietà di pericoli, cui si va incontro, non si può stabilire un limite all' interesse. La legge dovrà guardare soltanto di garentire il significato interno del rapporto, e non permettere, ad esempio, che negli affari di grand'importanza chi dà il prestito nautico, assicuri la nave impegnata; perciocchè l' elevato interesse gli è stato concesso soltanto in vista del rischio ch'egli assume, senza di cui quell' interesse diverrebbe usura. La severa dottrina dei canonisti sull'usura considerava il prestito nautico come una eccezione.

§ 109. I contratti si estinguono di propria forza, quando siano adempiuti, sia che questo adempimento avvenga direttamente, come nei crediti mercè il pagamento del debito, sia che avvenga indirettamente in modo che possa considerarsi come avvenuto il pagamento, come ad esempio nella compensazione o nella novazione. Il contratto può anche estinguersi mercè un nuovo accordo delle volontà intorno all'adempimento di esso, come mercè una transazione od una rinunzia.

Egualmente si estingue un contratto per propria forza mercè il verificarsi di una condizione in esso contenuta, come di tempo, o di rivocazione, ovvero mercè la prescrizione (§ 99).

Un contratto può ancora estinguersi, quando la prestazione convenuta sia divenuta impossibile, per esempio nel caso che la cosa si perda, o la persona obbligata muoia. Entrambi questi casi però sono legati a certe condizioni. Se la prestazione convenuta diviene impossibile, bisognerà vedersi principalmente, se questa impossibilità sia avvenuta per colpa della persona che n'era obbligata; e se una delle parti muoia, bisognerà guardare al contenuto del contratto. Se la prestazione promessa è legata alla persona come tale, come nella locazione di opere (*Pacta personalia*), il contratto si estingue per la morte della persona obbligata; ma se si tratta di una cosa o simile, come proprietà o crediti, (*pacta realia*), l'eredità farà garenzia al contratto col medesimo diritto, con cui in essa viene riconosciuta la volontà del proprietario anche dopo la sua morte.

Secondo lo scopo interno dei contratti può in certi casi esserne incerta la decisione, per esempio fino a quel punto la

Digitized by Google

morte di chi prenda in affitto, annulli il contratto di locazione. In questo caso il contratto si riferisce bensì alla cosa, ma secondo il suo significato anche all'uso, che di essa ne fa il conduttore. Se da un lato potrebb'essere nell'interesse del locatore che l' affare avesse la sua durata per tutto il tempo convenuto nel contratto, l'equità richiede dall' altro che il contratto si estingua, poichè cessa la presupposizione dell'uso; e la prestazione per parte dell'eredità diviene spesso difficile o impossibile. La conciliazione di questi due riflessi la legge positiva cerca per lo più di ottenerla, abbreviando il tempo in cui l'affitto, rotto per la morte, abbia ancora ad essere in vigore. Comunque nei diversi casi diversamente avvenga la decisione di un tale conflitto, pure ella offre nella vita sociale un punto determinato come base sicura di calcolo.

La cosa, alla quale è legata la prestazione, può cangiare di proprietario mercè la vendita: in tal caso bisogna vedere fino a qual punto il relativo contratto per tal fatto si estingua. Ciò dovrà determinarsi dal diritto secondo le circostanze concrete e gli scopi speciali. Per esempio la frase—la compra rompe l'affitto — non ha l'istesso valore di una giustizia interna, che la frase — la morte scioglie l'affitto. — Se la prima di queste frasi dovesse avere un valore assoluto, il proprietario, come locatore, avrebbe in sua mano un mezzo sicuro a far cessare il contratto, quando meglio gli paresse, a danno del conduttore; e sarebbe così minacciata l'esistenza di quella conseguenza che s' acchiude nel significato interno del contratto. Il principio, che la compra sciolga l' affitto, è conseguenza di una falsa idea sistematica, la quale tende a che il rapporto puramente personale dell'affitto non assuma la forza di un rapporto reale.

Il diritto, che deriva da un contratto che obblighi a qualche prestazione reale (decime, servitù), può riguardarsi come una proprietà. Quindi, rendendosi necessaria una espropriazione, dovranno valere per esso i principi fondamentali indicati per la proprietà (§ 100).

Ann. Quando una persona non abbia conchiuso il contratto per se, ma rappresenti legalmente qualch'altro, per esem. una corporazione, la morte di questa persona nulla cangia nella sostanza del con-

Digitized by Google

tratto. Nel diritto costituzionale sorge la questione, fino a qual punto il successore nel governo sia legato al contratto del predecessore. Se la cosa riguarda lo stato, come tale, non il reggente, come persona privata, per regola i contratti rimangon saldi; perciocchè la persona del reggente non è che l'organo dell'esistenza positiva dello stato, e il popolo rappresentato dal governo non muore col reggente. Persino allorchè il diritto sia stato interrotto per usurpazioni interine, il popolo e lo stato sono obbligati a riconoscere la validità dei contratti (conf. § 216).

§ 110. Mediante il contratto possono avere origine certi rapporti secondari di diritto, che derivino da un diritto originario mercè tali trasmissioni, che la volontà di una persona (mandante) si manifesti e valga per l'intermezzo di una terza persona (mandatario). I rapporti individuali fra le persone del mandante e del mandatario riposano sulla fiducia, per la quale il primo riconosce preventivamente nell'altro la propria volontà e la propria azione (procura, piena facoltà), come sui rapporti del tutto il riconoscimento del mandato, cioè della trasmissione della volontà. I rapporti giuridici divengono più svariati a causa del mandato; poichè in esso si tratta in primo luogo dei doveri e dei diritti del mandante verso il mandatario, e dei diritti e dei doveri di questo verso il mandante; ed in secondo luogo dei diritti e dei doveri di colui, con cui si conchiude un affare legale, verso il mandante e il mandatario. Ma i rapporti di dritto divengono anche più complicati, perchè nell'affare originariamente semplice fra due persone (per esempio compra, vendita, locazione ec.) s'intromette un terzo, e l'identità di volere tra il primo e il terzo, l'accordo del mandante col mandatario, che in tale trasferimento di dritto si presuppone, può in certi casi annullarsi, potendo accadere che la nuova volontà aggiunta del mandatario non agisca nel senso del mandato, ma per proprio interesse, ovvero che non corrisponda alla volontà del mandante; dappoichè il mandato, che ha necessariamente una certa generalità, rende possibili delle azioni contrarie alla volontà del mandante. In tale caso il diritto, che negli affari originalmente semplici di due persone non ha da garentire che i rapporti fra queste, deve ordinare e conservare nel senso morale, su cui pog-

Digitized by Google

giano, i rapporti fra tre persone, come sarebbe la combinazione di tre elementi verso due (di ABC nelle combinazioni di AB, AC, BC, o se si distinguono i doveri e i diritti in queste combinazioni, nelle variazioni di AB e BA di AC e CA di BC e CB). Egli è evidente che la varietà e l'intreccio si accresce, quando in un medesimo affare si combinino parecchi mandanti e parecchi mandatari. Il rapporto etico fra il mandante e il mandatario è la fiducia, per cui il mandante non disdice il mandatario, ma accetta da lui anche nel cangiamento delle circostanze la conseguenza del suo mandato, e dall'altra parte nel mandatario la cura e la circospezione secondo il senso del mandato e non semplicemente secondo il significato della lettera. Per garentire cotale fondamento etico la legge deve contenere delle disposizioni, le quali annullino tutto ciò che è un' infrazione di tale fiducia. Ma la norma migliore la darà la specialità del giudizio. Il mandato può inoltre essere più largo o più ristretto ; può in un caso accordare maggior libertà che in un altro. Il trasferimento della volontà è un fatto; ma nella pratica possono derivare molte azioni, le quali sono tutte possibili nella identica posizione delle cose. Sta nella natura di questo rapporto che il mandante garentisca la scelta che ne farà il mandatario, e che questi risponda della sua accuratezza uniformemente all' incarico accettato. Il mandato darà anche la norma dei diritti acquisiti dal secondo , fino a qual punto cioè debba rispondergli il mandante o il mandatario; restando il suo diritto verso il primo soltanto nei limiti del mandato. Alla legge incombe un' altra considerazione ancora, quella cioè della sicurezza e facilità del commercio, il quale è pregiudicato dai litigi. Se il mandato , secondo la natura della cosa non è dato per un solo e determinato affare , ma generalmente , come nella procura, la latitudine del mandato dovrà risultare dallo scopo riconosciuto nell' investire una persona di pieni poteri , a meno che il mandante non abbia avuto cura di rendere nota al commercio una data limitazione fatta al mandatario. È chiaro che la decisione della legge positiva , la quale ha da conciliare vari scopi sovente opposti, come per esempio la sicurtà del mandante e del mandatario, potrà riuscire diver-

Digitized by Google

sa, secondo che la legge presupponga un consenso più ampio, mercè la fiducia primitiva, o un consenso più limitato, mercè la precauzione necessaria dall'abuso dell'interesse egoistico. In ciò importa soprattutto che vi sieno delle norme stabili; i cui difetti inevitabili si equilibrano, avendo riguardo ai calcoli del commercio, secondo i quali da un lato o dall'altro si aumentino le precauzioni o si accresca la fiducia.

Dalla natura dei rapporti consegue, ad esempio, che l'ampiezza del mandato, che il noleggiatore dà al capitano, debba essere per se stessa maggiore nei luoghi dove non si trova nè il noleggiatore, nè un suo rappresentante, che negli altri luoghi, in cui lo stesso noleggiatore o il suo corrispondente può prenderne cura. Anche qui è lo scopo interno da garantirsi che determina il diritto.

La forza dei rapporti interni rende altresì chiaro come talvolta può aver luogo un mandato presupposto, un sottinteso incarico; per esempio quando assume l'esercizio dei diritti di un assente una persona, chiamatavi dai suoi rapporti coll'assente senza averne mandato, come un parente, un amico (*negatiorum gestio*). In questo caso la responsabilità del gestore si aumenterà, da una parte perchè sia soddisfatta la volontà del proprietario nei propri rapporti, e dall'altra affinchè non venga favorito quell'immischiarsi nelle cose altrui, quel darsi da fare senza esservi chiamato, che diviene spesso sorgente di disgusti e di perdita di tempo.

Ann. Nella determinazione del concetto del mandato e dei doveri e dei diritti, che ne emergono, la distinzione del dritto romano, se cioè il mandatario agisca gratuitamente o pagato (*mandatum*, *locatio*) non produce alcuna differenza essenziale.

I rapporti del mandato, presi qui nel commercio in generale, per esempio il mandato del fattore (*institor*), del capitano (*magister navis*) verso il noleggiatore (*exercitor*) si ritrovano nei rapporti più elevati, sempre determinati dagli scopi speciali; essi ad esempio si riscontrano nel processo nel procuratore, pei diritti di famiglia nel tutore e nel curatore; pel diritto pubblico negli ambasciatori, e nella rappresentanza dei deputati ecc. In questi ultimi il mandato speciale può essere vietato, ed essere invece generale ed irrevo-

Digitized by Google

cabile, di maniera che gli elettori si spoglino della propria volontà. In tutti questi casi i doveri e i diritti vengono sempreppiù sottratti all' interpetrazione arbitraria, e vincolati a delle esigenze che derivano dalla natura stessa delle cose. Il principio generico rimane sempre lo stesso, ma la differenza specifica, e questa nella sua importanza sempre crescente, dà al mandato un dritto speciale a seconda la varietà delle sue forme.

A mantener chiaro il diritto e vivo il sentimento morale giova che la legge mantenga puri e precisi i limiti nei rapporti del mandato, e si studi di prevenire la confusione dei rapporti del mandato e dei propri affari nella medesima cosa. Un perturbamento del rapporto etico ha luogo, per esempio, dove un commissionario si atteggia, supponiamo in un affare di grano, in parte come mandatario di altro, e in parte come compratore e venditore per conto proprio. In tali casi, che anche l' uso di borsa può riconoscere, può facilmente avvenire che il commissionario calcoli a conto altrui la perdita, e a conto proprio il guadagno, e con ciò eluda la fiducia, che primitivamente stava a base della sua posizione di commissionario.

§ 111. Il contenuto del contratto dal semplice accordo per determinati affari può convertirsi in un **contratto di società**, assumendo una natura più generale. In tale contratto le persone si uniscono per raggiungere in comune certi fini, sia che questi fini richieggono tutta l'attività e tutti i beni dei soci, sia che si limitano ad una determinata parte dell'attività e dei beni. Il vincolo di tali contratti può essere annesso o puramente alle persone, od eziandio ai fini dell'oggetto in guisa, che esso duri al di là della volontà delle persone.

La prima specie, *societas* nel significato romano, è diretta semplicemente ai fini personali dei soci (acquisto, uso); di modo che la durata o lo scioglimento è legato alle persone collegate nel contratto sociale. I soci rispondono verso i terzi delle azioni e degli obblighi derivanti dal contratto. La società si scioglie non soltanto raggiunto lo scopo del contratto, o dopo scorso il tempo prefisso, ma anche per l'uscita dalla società o per la morte dei soci. Allora i vantaggi o i danni, il guadagno o la perdita, i crediti o i debiti vengono divisi secondo i patti del contratto, che il diritto deve garentire come legge costitu-

Digitized by Google

tiva del rapporto legale. La legge deve proteggere nel contratto, quale norma, la libertà dell' accordo, la quale è in questo campo la condizione della moralità individuale. Soltanto nei casi in cui gli scopi interni, cioè il completamento delle attività, per i quali il diritto garentisce i contratti, sieno infranti dall'istesso contratto, come nella *societas leonina* (Dig. XVII, 2,29), o in una soverchieria che poco se ne discosti (Eust. III, 26,2), la legge deve dichiarar nullo il contratto dal punto di vista etico, e togliergli la sua protezione. Questa specie di contratto sociale, per esempio una Ditta commerciale (Maskopei), accorda bensì varie volontà in una attività comune; ma senza però che venga riconosciuta come unità indivisibile di una stabile volontà.

La seconda specie di contratto sociale produce nell'unione per uno scopo durevole la volontà di tutti riconosciuta come sostanziale, una persona giuridica (*persona civilis*), simile alla romana *universitas*, (corporazione), la quale ha per solito un'origine più elevata del contratto, come n' è esempio il comune, la chiesa, ecc.

È nella natura dell' organismo etico, che il tutto, in cui gli individui sono membri, abbia una volontà che esprima e rappresenti il fine comune e complessivo, come per esempio nel tutto della famiglia la volontà del padre, nel comune quella del borgomastro o del sindaco, e nello stato quella del sovrano. In quanto una tale volontà rappresenta uno scopo durevole, (e in questo rapporto è lo scopo della cosa e non la volontà dell'individuo che ne costituisce la vera essenza) questo cerca bensì sempre il suo organo in un individuo che pensi ed agisca per se, ma non è legato all' individuo. Il diritto presuppone nella sua origine organica (§ 36, 45, 49) un tutto, il quale sebbene fosse un complesso di persone, ha nondimeno una sola volontà, come se fosse una persona sola. Ora se mercè il contratto, quindi nella cerchia del diritto, sorgano certe società riconosciute, le quali non si risolvano nella volontà degli individui, ma costituiscono pel loro scopo una volontà superiore, come rappresentante del tutto e delle parti; tali società sono persone giuridiche. La loro essenza sta in ciò, che gl' individui produ-

Digitized by Google

cono (costituiscono) bensì il tutto, ma il tutto costituito ha una entità più generale a causa dei suoi fini essenziali, ed è destinato a vincolare la volontà degl' individui ed a sopravvivere ad essi. Nella subordinazione delle volontà e delle attività allo scopo comune sta il motivo etico, il quale è tanto più importante, quanto più essenziale è lo scopo. Da ciò nasce il dritto della società verso i suoi consociati, il quale dritto non v'è aggiunto accidentalmente, ma è conseguenza della sua propria essenza. Mentre il tutto fa valere la sua volontà esteriormente mediante i suoi organi, per esempio mediante il mandato concesso alla presidenza, internamente la subordinazione ad essa è regolata dallo statuto.

Gli strumenti della volontà comune sono o le attività degli individui, come membri, o la proprietà sociale, o questa e quelle insieme. Relativamente alla proprietà si può immaginare un rapporto differente del tutto coi membri. Nella *societas* ciascun socio è comproprietario, e i comproprietari insieme formano il proprietario. Un membro può proporre la divisione; e questo rapporto è conseguenza dell'origine della *societas*. Nella corporazione « *Universitas* » il rapporto s'inverte, perchè la origine di essa non sta nel contratto degl'individui. Il tutto, e soltanto il tutto nella sua unità è il proprietario; e i membri non hanno che il solo uso. Sta nella differenza specifica di quel contratto sociale, il quale costituisce una personalità giuridica, che esso escluda la prima forma della proprietà, la forma della *societas*, e che all'incontro possa costituirne la seconda, la forma della *universitas*, come suole avvenire negli istituti di carità, in cui ogni individuo rinunzia al proprio dritto di proprietà.

Nell' *associazione* si forma comunemente un rapporto intermedio ai suddetti, poichè alla proprietà sociale, hanno un egual diritto il tutto e le parti, come avviene nelle società per azioni. Secondo poi lo scopo obbiettivo si determinerà nel contratto sociale in quali limiti gl' individui abbiano ragioni alla proprietà e propri e distinti dritti.

Le persone giuridiche hanno bisogno del riconoscimento. Mentre lo stato, mercè l' identità di dritto e di autorità che gli si

Digitized by Google

annette, è una persona giuridica, la quale originariamente si pone da se e si procura il riconoscimento; le persone giuridiche all'incontro ottengono il loro riconoscimento direttamente, o indirèttamente dallo Stato. Tale riconoscimento avviene indirettamente, quando agl'individui sia lasciata dalla legge qualche sfera in cui essi possano di diritto costituirsi a persone giuridiche, allo stesso modo che sono lasciati liberi altri contratti, ovvero quando per tradizione esistano delle corporazioni nate nello sviluppo storico, all'istesso modo in cui esiste il dritto consuetudinario nei costumi germanici. Il riconoscimento avviene direttamente, quando viene espresso nei singoli casi. In entrambi questi rapporti oltre agl'individui la persona giuridica è costituita più o meno direttamente dallo Stato; se non che le attività degl'individui e del tutto, che s'intrecciano in ciascuna forma di dritto (§ 85), si rilevano come atti particolari nel riconoscimento diretto. Così un'associazione unita per uno scopo essenziale e riconosciuta nell' unità del suo volere, diviene una persona giuridica.

Nella *societas* predomina, come prossimo punto di vista, l'Afforzamento degl' individui; nell' associazione, che costituisce la persona giuridica, predomina l' Organamento del tutto. Con ciò però non si vuole intendere che l' uno sia staccato dall' altro; ma che l'uno predominí sull'altro.

Nella svariata forma, per cui nelle associazioni gl' individui sono vincolati ora più ed ora meno strettamente col tutto, e nondimeno si preserva al tutto la durata e la vita, si manifesta la forza moltiforme e inventiva dello spirito. In esse sarà compito pratico, analogo al compito politico dello Stato, di contemperare la libertà dei membri colla forza del tutto per modo, che l'uno non minacci pericoli agl' altri e viceversa. Se gli individui non hanno che una parte secondaria alla società, è da temersi che la persona giuridica, depositaria dei diritti, non presenti sicura ed eguale garenzia di adempimento dei suoi obblighi. Da questo lato gl'interessi del commercio e degli individui estranei alla società possono correre dei pericoli, come avviene nelle assicurazioni male organizzate. Divien quindi per lo più necessario, prima che venga concesso il dritto di costituirsi in per-

Digitized by Google

sona giuridica, una indagine sugli scopi, sulla organizzazione e sulla esecuzione di essa; e da ciò si scorge come colle basi artificiali della vita moderna il riconoscimento diretto dello Stato per la costituzione della persona giuridica (l'autorizzazione) sia preferito e da preferirsi all' indiretto (per legge e consuetudine).

Quali pur si siano gli scopi della società, sieno elevati o bassi, e fin dove si estende l' organamento, si ponno immaginare dei centri di associazione, le quali variamente si sviluppano e si accrescono a mano a mano, che le invenzioni e le esigenze della società si aumentano. E sulla varietà di questi scopi si ponno dividere le varie specie di società. Ma un'altra suddivisione, presa sotto un altro punto di vista, la quale è più affine al concetto giuridico che al contenuto derivante dallo scopo, potrebb'essere fondata sul legame che unisce in varia gradazione i membri al tutto, secondo che il tutto sia compreso personalmente nei suoi membri, ovvero che si presenti esso stesso al mercato, come nelle azioni. In tali casi differenti bisogna vedere in che relazione i dritti e i doveri dei membri sieno col tutto.

Col riconoscimento di una persona giuridica viene a costituirsi una giurisdizione, che si organizza in un modo tutto proprio per garentire il suo scopo, e che può raggiungere una certa indipendenza. Importa allo Stato, quale comunanza giuridica universale, che il diritto, che sorge liberamente nel seno dell'associazione, sia in armonia con esso. Onde sotto di un tale aspetto può rendersi necessario allo Stato di esaminare la base costitutiva di questo dritto. Da che i diritti e i doveri dei soci divennero mercè le azioni oggetto di speculazione di borsa, si resero possibili delle conseguenze pericolose, che pur importa prevenire: possono, così per esempio, le forze morali di una impresa staccarsi da essa mercè la compra e la vendita del diritto di socio. Così molto spesso gl'intraprenditori poco si curano dell'esito dell' impresa: essi vi dipingono un bel progetto, eccitano le speranze con lusinghiere illusioni solo per speculare nel primo entusiasmo dalla vendita delle azioni; e la fede e la perseveranza, che giustamente si pretendono dagl'intrapren-

Digitized by Google

ditori, vengon meno, appena assicurato il lucro. Ora quando alla volontà intraprenditrice sia tolta la base della fiducia che dovrebbe inspirare la persona giuridica, è d'uopo che lo Stato pria di riconoscerla, usi una speciale vigilanza e diligenza.

Se il concetto della persona giuridica è inerente alla volontà, la quale è investita dei doveri e dei diritti; fa d'uopo che delle molte volontà dei membri si costituisca una sola volontà del tutto. Onde l'associazione, benchè siasi costituita ad unanimità di voti, pure non potrà reggersi che ad una pura maggioranza (conf. § 84). La volontà della persona giuridica diverrebbe impossibile nella maggior parte dei casi, se non valesse la legge, e sia pur meccanica, della maggioranza dei voti. Per la esistenza, quando si tratta che le cose rimangano quali sono, si può richiedere, per stabilire un cangiamento,una frazione maggiore di voti; ma quando si tratta di agire,conviene contentarsi della pura maggioranza, la quale può anche a poco a poco venire imposta. E nondimeno la maggioranza di voti non garentisce il trionfo della volontà più ragionevole, nel cui presupposto avviene la subordinazione alla risoluzione presa. Quindi può essere riserbato in certi casi il diritto al presidente, ovvero la legge stessa può fare il tentativo di garentire il diritto della minoranza, quando la risoluzione della maggioranza sia in opposizione allo scopo interno della cosa. Così, per prendere un esempio da una *societas*, il diritto marittimo di Amburgo, partendo dallo scopo interno dell'allestimento di una nave che dee far viaggio, fa valere la volontà della minoranza contro la volontà della maggioranza, che vuole che la nave non parta.

Ann. Dove in opposizione alle associazioni divengono persone giuridiche degl'istituti, (cioè uno scopo di utilità comune fondato sulla proprietà, ovvero una proprietà destinata ad uno scopo di comune utilità); il diritto deve sempre promuovere e garentire non tanto la volontà, come libertà indeterminata, quanto la volontà negli scopi etici. Il riconoscimento dello scopo interno è assolutamente il principio che costituisce il diritto delle persone giuridiche.

§ 112. In opposizione alle obbligazioni volontarie derivanti dal contratto (§ 103) si presentano come involontarie le obbliga-

Digitized by Google

zioni che sono conseguenza di azioni illecite. Oltre la pena diretta contro il male prodotto dal fatto illecito, si presenta, come effetto civile dell'azione, la riparazione dei danni. L'individuo è obbligato a riguardare sè stesso come libera causa delle sue azioni, sia che le derivate conseguenze furono da lui volute, sia che non siano state impedite, quando l'impedirle stava nel suo dovere e nel suo potere. Nel *dolus* l'intenzione e la conseguenza coincidono, poichè l'effetto reo era nella intenzione; nella *culpa* (impreveggenza) l'intenzione è diversa dalla conseguenza, l'effetto non era nella intenzione. Nel primo caso l'obbligo alla riparazione dei danni nasce da sè; nel secondo resta a vedere fino a qual punto l'autore sia obbligato a rispondere di una conseguenza ch'ei non voleva. Nella impreveggenza, difetto di diligenza, manca per lo più l'interesse che rende vigile il pensiero. La legge, coll'obbligare alla riparazione dei danni, fa riguardare come proprio il danno altrui, rende cauto l'uomo e lo eccita ad essere sollecito delle cose altrui. Mercè questa esigenza etica, che la legge coattiva rende sensibile, il pensiero diviene più vigile e più solerte nelle azioni e si abitua a riguardare con maggiore interesse le cose altrui. Con ciò si accresce nell'azione il pregio umano: l'autore impara ad attribuire a se stesso l'azione, e a risponderne di tutti gli effetti (ris. § 64). Secondo il difetto maggiore o minore di accortezza l'impreveggenza viene distinta in grave, media e lieve. Ma la misura di questa gradazione riesce necessariamente materiale, poichè ella non può prendersi dietro le svariate circostanze concorrenti, ma solo secondo il complesso di una esperienza indeterminata. La misura che risiede nell'autore stesso sta nella diligenza che egli suole porre nelle cose proprie. E siccome questa può essere minore di quanto la necessità richiede, così la legge deve chiederne di più, quando ne stabilisce l'obbligo dell'osservanza dalla natura della cosa. Quando però quel fatto fu prodotto da una persona eletta per fiducia, sarà conseguenza di questa fiducia che in un tal caso non si possa da essa richiedere maggior cura di quella che suole avere per le proprie cose (*diligentia in suis rebus*).

I danni e il risarcimento dei danni non raramente riescono

Digitized by Google

incommensurabili. I danni possono riguardare il corpo o la vita, le membra o la proprietà, l'onore o alcune azioni determinate; e per tutto ciò la valutazione non può farsi che in danaro. L'ineguaglianza cresce inoltre se si deve mettere a calcolo anche la possibilità di un guadagno reso impossibile per una data azione. Non di rado avviene che nel primo caso il risarcimento rimanga al di sotto del danno, e nel secondo che il danno sia inferiore al risarcimento. Inoltre può accadere che il danno sia prodotto solo indirettamente dalla colpa e dall'inavvertenza, come conseguenza di conseguenza, per esempio, per un consiglio dato, per un' incompensa accettata: in questo caso bisogna vedere fino a qual punto questa *culpa* indiretta sia tenuta al risarcimento.

Ad onta dei suoi inevitabili difetti in quest'indirizzo l'esigenza della legge riman salda sul suo fondamento etico, e cerca di avvicinarsi mercè le sue disposizioni positive alla giustizia ideale. Anche qui bisogna non di rado conciliare punti di vista opposti nelle disposizioni concrete del diritto. Così ad esempio in una tutela bisogna conciliare da un lato lo scopo di conservare intatti i beni al pupillo e di risarcirlo dei danni recatigli, e dall'altro lo scopo di accordare al tutore la possibilità di disporre liberamente e secondo le sue proprie viste, senza di cui non sarebbe possibile nessun'amministrazione di beni.

Nel dovere diretto o indiretto del risarcimento dei danni può ancor sorgere il dubbio derivante da una sfera più elevata, se e fino a qual punto un dipendente, nel commettere un' azione illecita, abbia libera la volontà dal comando del superiore, che gliel'ha ordinata.

Ann. A norma che il diritto penale colla sua giustizia distributiva si sottrasse dalle passioni (ira, vendetta), che gettano nella bilancia della giustizia un falso peso, ed ebbe trovato, benchè troppo tardi, una misura giusta e spassionata nella repressione della colpa mercè la pena (§ 68 e § 69); esso nelle disposizioni sul risarcimento dei danni, particolarmente quando questi sieno avvenuti involontariamente, vinse a poco a poco l' influenza dell' uomo naturale, che viene eccitato dal patito danno. Il sentimento cieco ed impetuoso di chi subisce l' offesa, vuol rivalersi e rifarsi del danno patito sulla

Digitized by Google

persona di chi gli cagionò il danno o l'offesa, come causa materiale che egli aborre. Per la cieca passione l'ingiustizia patita è uguale, tanto se fu, che se non fu voluta. Nei suoi primordi il diritto risente ovunque di questa confusione. Così ad esempio nelle XII Tavole la legge: *si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto* (§ 6), dava in potere del leso tanto l'innocente che il reo, forzandolo ad ogni costo alla riparazione del danno. Gellio dice (XX, 1, 34; risc. § 15 e 16): *neque eius, qui membrum alteri rupisset et pacisci tamen de talione redimenda nollet, tantam esse habendam rationem arbitrati sunt, ut, an prudens inprudensve rupisset, spectandum putaret.* Che il risarcimento dei danni nei casi di una ingiustizia solo non voluta non fosse seguito dall'aggiunta di una pena, o lo fosse in quanto ci fosse una *culpa* della volontà responsabile, fu il pensiero etico, che i giureconsulti romani progressivamente svilupparono nella materia concreta del diritto, che fecero valere nella legislazione con fino tatto e con conseguenti considerazioni. Questa idea noi la ricaviamo dallo scritto di R. Jhering: *das Schuldmoment in römischen Privatrecht*, 1867, che è una pagina importante dello sviluppo etico del nostro diritto. Con ciò essi acquistarono un gran merito innanzi alla sana equità della vita sociale, conciosiachè all'autorità del dritto, quando sia veramente giusto, ben presto si uniforma il giudizio generale. Soltanto mercè questa definizione il diritto privato, quale sfera dell'ingiustizia non voluta (§ 50 Ann.), si separò dal diritto penale; e si riconobbe che nella colpa e nel delitto, sebbene rivolti contro all'individuo, non si offende un rapporto privato e quindi il diritto privato, ma un rapporto universale, e quindi il diritto penale comune, poichè con essi si offende tutto l'ordine del diritto.

Un movimento analogo del progredito sentimento legale si trova nel diritto penale (§ 68).

§ 113. Poichè nel campo dell'azione umana chiamasi caso ciò che non è scopo dell'azione, ma che se fosse stato preveduto, avrebbe potuto o dovuto essere scopo, sia per essere cercato che per essere evitato (Aris: *phys* II, 6); ne deriva che il caso si avvicina all'imprevidenza, in quanto che sorge la domanda, se è possibile che un avvenimento, che tocchi la sfera del diritto, potesse o no essere preveduto. Se a questa domanda si risponde affermativamente in un avvenimento che ha recato danno, que-

Digitized by Google

sto può essere apposto come colpa; e se negativamente, entra nella sfera del caso, di cui non può risponderne alcuno. Il caso sia favorevole o nocivo, colpisce generalmente colui, cui appartiene la cosa colpita (proprietà, membra, crediti) ; colpisce il colpevole, soltanto dove il caso sia conseguenza di un'azione illecita o arbitraria.

La proposizione *casum sentit dominus* non ha che un fondamento indiretto, giacchè per se stesso il caso non tocca a nessuno. Esso non può colpire un altro; e questa proposizione riconosciuta tien desta la previdenza del proprietario, per evitarlo, o prevenire il suo effetto nocivo, ad esempio mercè le assicurazioni, o per disarmarlo nelle sue conseguenze. La lotta comune contro il caso, attività eminentemente umana, riposa per molti rispetti sul timore comune dei proprietari.

La domana, chi sia il proprietario di una cosa, per esempio di una cosa che per contratto debbasi consegnare, se il consegnatario o il committente, e in quali circostanze lo sia l'uno e in quali l'altro, può richiedere delle disposizioni positive; ma la proposizione stessa, che il proprietario debba subire il caso, prevarrà, a meno che non si sia convenuto diversamente, come avviene nei contratti di locazione.

§ 114. Poichè il diritto delle obbligazioni può essere riguardato come una proprietà o un possesso della persona cui compete, e quindi può farsi valere o essere rinunziato; ne segue che le obbligazioni possono essere riguardate con gli stessi punti di vista che valgono per la prescrizione della proprietà (§ 99); di modo che dopo un determinato tempo non possono essere più reclamate (opposizione alla prescrizione). Per la determinazione del tempo serviranno di norma gli scopi esterni, quali sarebbero ad esempio gli scopi nazionali economici, semprecchè abbiano un' importanza etica. Quando il termine della prescrizione per i conti del commercio giornaliero viene fissato a molti anni, si rende più facile il cumulo dei debiti, qualora le entrate non covrono le spese. Chi ha un siffatto genere di debiti, è obbligato, invece che pel presente e pel futuro, a lavorare pel passato, il quale dovrebb'essere invece la base del presente e del futuro. Una tale cura postuma in luogo di una cura antiveggen-

Digitized by Google

te sconvolge i benefici rapporti del commercio. I termini brevi di prescrizione rendono difficile il verificarsi di tali debiti, i quali sono simili ad un cancro corrusivo, ed accelerano nei conti commerciali l'uso e il giro del danaro per molte mani. Dove senza un civanzo effettivo ci rappresentiamo il danaro quale mezzo di scambio del lavoro e dei prodotti, il conto non pagato arresta non solo lo scambio in colui che dovrebb'essere pagato per primo, ma ancora nei successivi membri del commercio, perchè colui che non ha ricevuto il pagamento, non può neppur pagare i suoi creditori. Quindi un conto non pagato o ritardato non è soltanto un pregiudizio dell' individuo, del creditore come tale, ma dalla società. Il benestante trascura per solito di rappresentarsi gl' impacci che i ritardi di pagamento cagionano a chi è privo di mezzi, come sono i piccoli manifatturieri. Daltronde i termini troppo brevi possono nondimeno avere dei cattivi effetti; perchè non lasciano tempo alle attività produttive, cui vanno congiunte perdite e guadagni, come pure alle spese ed agl' introiti di potersi equilibrare. Un giusto ed equo termine non può quindi determinarsi che relativamente, e secondo le circostanze particolari mercè un giudizio sperimentato, che sappia valutare i più svariati rapporti della vita.

§ 115. Nel commercio, che è il campo dei contratti, il diritto garentisce i presupposti etici, tali ritenuti dalla pubblica coscienza, e, come condizione fondamentale, la **fedeltà** e la **fiducia**. Dalla sincerità, che è la base generale del commercio, vi son molti gradi tra la segretezza, necessaria al commercio, e gl'inganni che diventano frodi, se tesi con proposito. La legge colla sua azione tien dietro a questi varî gradi; e quando gli inganni riposano sopra una ingiustizia non voluta (§ 54), e a lei si ricorre, essa o annulla il contratto, ovvero ordina la riparazione dei danni e una compensazione. Quando però l'egoismo del malvaggio si faccia strada e tragga a suo profitto i rapporti etici del commercio, oltre al rifacimento dei danni, essa vi appone una pena.

Se si domanda, quali vizi il venditore debba dichiarare al compratore, (i quali variano a seconda dell' importanza inter-

Digitized by Google

na delle cose, come nei beni mobili o immobili, nelle cose o negli animali), e quale termine sia da concedersi al venditore per muovere i suoi reclami, il quale ancora varia a seconda dell'importanza reale dell'oggetto; o nel caso pratico se si domanda, per esempio, quali vizi di un cavallo il venditore sia in obbligo di dichiarare al compratore e quali no, e in che termine il compratore abbia ancora il dritto di reclamare dopo fissata la compra: il diritto positivo deve prendere in considerazione varie cose allo scopo di non inceppare il commercio. In certi casi avrà riguardo alla sincerità del venditore, in certi altri alla diligenza del compratore, talora ad amendue, e sempre in modo da concigliarne gl' interessi a seconda dei casi speciali. Entrambe queste cose sono beni etici: la sincerità, poichè corrisponde alla veracità, alla fedeltà e alla fiducia nel commercio; e la diligenza, poichè preserva dai malintesi, e promuove quindi la pace e la concordia. Alla norma sicura della legge, la quale dà al commercio solida base, in questi casi tien dietro di per sè il costume, e quindi il giudice interviene ben di rado mercè una decisione positiva; poichè le parti si accordano piuttosto da per loro, specialmente poichè il processo ritarda inevitabilmente il commercio, e reca danno al sollecito scambio.

Ann. Conf. riguardo al diritto edilizio (Dig. XXI. 1) e al suo significato etico Cic. *de Officiis* III, 12 e seg.

§ 116. I delitti relativi al contratto si rendano possibili soltanto sul presupposto della moralità sociale, fede e fiducia, verità e confidenza, sotto la cui apparenza e tutela si fa precisamente l'opposto, e si cerca il proprio ed egoistico vantaggio. Quindi in essi tutti, mascherata in mille modi, si nasconde l'**astuta frode**, la quale nel commercio dà per verità la menzogna. La frode, la quale generalmente offendendo la verità, offende anche il legame sociale, diviene tanto peggiore, quanto di maggiore e particolare importanza è nell'organamento della vita lo scopo interno del legame sociale che essa offende, e quando più particolarmente raccomandato era il dovere della fiducia e della fedeltà, come avviene nella **sottrazione**, ossia nella frode del danaro e dei beni affidati

Digitized by Google

in custodia o in amministrazione, ovvero nella **infedeltà**, che è la frode nell' amministrazione affidata (p.es. nella tutela). Da un altro lato la frode diventa più grave, quando vengono falsati i mezzi della fiducia sociale, i mezzi generali alla conservazione della verità e della giustizia, quali sono per es. i documenti, la moneta, le misure e i pesi, cosa molto bene espressa da Leibniz nella definizione: *crimen falsi est fraus circa ipsa remedia fraudis.* In tutti questi casi la legge garentisce la fiducia e i mezzi di essa, quali legami inviolabili della società, senza di cui non potrebbe verificarsi il compimento delle forze; ed infligge all' infrattore una pena più o meno grave, a misura che più o meno grave è l'offesa recata alla società. Sul mercato, dove i rapporti sono più accidentali e meno stretti, dove, anzi che cieca fiducia, bisogna aver cautela e previdenza, la frode vien punita più leggermente, che non lo sia nell'abuso di fiducia, nella sottrazione e nella falsificazione di titoli o di monete. A misura che la differenza specifica delle frodi penetra più addentro nei vincoli della società, che va sempre crescendo d'importanza, deve altresì aumentare l' azione della pena, come forza riparatrice. Comunemente il motivo della frode in tutte le sue forme è il proprio utile e l' avidità di guadagno: ed è perciò, che non raramente nel dritto penale si accoglie l'intenzione di guadagno nella definizione della frode; di modo che « chi con intenzione di guadagno reca danno agli averi altrui, facendo nascere un errore o esponendo fatti non veri, o sopprimendo o falsando i veri, costui commette una frode » (Cod. Pen, degli Stati prussiani 1851, § 241). Nondimeno in certi casi si possono immaginare altri malvaggi motivi come causa della frode, p. e. l' invidia, la gioia maligna dell' altrui male, il favorire un terzo; onde non è giusto di punire nella frode soltanto l' intenzione di guadagno, ma bisogna punire la frode per sè stessa, ogni volta ch'essa offende altrui nei suoi diritti. (conf. il concetto più largo nel Diritto nazionale degli Stati prussiani II, 20, § 1256).

La frode è specialmente il delitto di una coltura raffinata, e non di rado l'abuso e l'astuzia che l'incivilito adopera con i gonzi e poco civilizzati. La tendenza a questo delitto viene ade-

Digitized by Google

scato dal piacere che si prova nella propria superiorità di spirito e nella scaltrezza del proprio ingegno. La frode offre maggior sicurezza, più raffinata astuzia, e maggior soddisfazione che il furto. Nei tempi in cui tal delitto va in auge, le pene pecuniarie non bastano a reprimerlo, perchè la frode fa i suoi calcoli, e si rifà dei casi non riusciti e puniti su quelli che riescono e rimangono impuniti. La reazione del diritto per conservare il proprio prestigio deve farsi più viva ed efficace (§ 67).

Ann. Se il diritto romano concedeva al leso la *doli actio* in quei casi, in cui l'offesa dolosamente recata al dritto non cadeva nel campo di un altro delitto (Dig. IV, 3, 1 *si de his rebus alia actio non erit*); il motivo di una tale azione, apparentemente solo sussidiaria, stava probabilmente in ciò che la frode sta generalmante a base dei delitti del commercio, ma viene perseguita nudamente per sè, soltanto dove non dia adito alla giustizia sotto alcun' altra forma.

§ 117. Sebbene sia nel concetto del giuramento che l'autorità lo richieda e che per ciò appartenga ad un rapporto più elevato, nondimeno lo spergiuro appartiene a quei delitti che disturbano la base etica del commercio.

I giuramenti sono o una riaffermazione di una promessa, come i giuramenti per ragione di uffici, giuramenti di fedeltà ec., ovvero una conferma di un fatto, testimonianze. In amendue i casi il giuramento ha luogo, perchè gli ordini umani si riferiscono ai divini mercè il presupposto rapporto del pensiero divino colle coscienze. Per spergiuro s'intende l'infrazione della verità in un giuramento della seconda specie. Poichè il giuramento è nel diritto l'ultimo punto d'appoggio della verità, lo spergiuro è un'infrazione del diritto e costituisce scientemente la base d'una ingiustizia; inoltre poichè viene imposto dall'autorità, chi spergiura offende il rispetto e la obbedienza; e finalmente poichè avviene invocando Dio, chi spergiura infrange l'accordo divino, infrange nell'umano l'ordine divino, e in quest'ultimo caso, poichè infrange il legame religioso, lo spergiuro si distingue dalle altre false testimonianze, e nessuna pena civile raggiunge in esso l'essenza della sua criminosità. Il diritto penale

Digitized by Google

può colpire soltanto gli altri rapporti dello spergiuro, e renderà più vivo il sentimento del disonesto; poichè nel significato più lato si designa col nome di onorato colui del quale si ritiene, che adempia le condizioni etiche universali del vivere civile, concetto che diventa più elevato nell' onore delle classi sociali soltanto per proprie e presupposte condizioni, per cui soltanto diventa possibile la comunanza in certi ordini speciali.

L'importanza del giuramento si accresce colla rarità delle sue applicazioni, onde una amministrazione di giustizia, la quale ordinasse frequenti e non necessari giuramenti, ne favorirebbe la leggerezza. Il giuramento non è bene applicato, dove la tentazione di spergiurare è quasi inerente alla natura stessa della cosa, come nel giuramento di discolpa, e nel giuramento di rivela. Lo spirito morale della legislazione ha il compito di diminuire i giuramenti dei testimoni, e di limitare l'arbitrio nella imposizione di esso, avendo cura a che nella prestazione del giuramento l'elemento religioso e spirituale di esso si riveli in tutta la sua forza e dignità. Quando però il giuramento viene dettato e ripetuto parola per parola e neppure proposizione per proposizione prima ancora che sia esposto nella sua totalità, si corre pericolo che il giuramento sia senza significato e che la lettera sensibile prevalga sul suo spirito. Se i giuramenti divengono più radi, da essere più una eccezione che una regola, cesserà da sè il deferimento quasi materiale del giuramento e sarà possibile di ravvivarne il significato nelle coscienze, p. es. mercè la presenza di un sacerdote. Chi chiede un giuramento senza matura riflessione e cautela, dimentica principalmente il segreto rimorso di chi commette uno spergiuro, quando, ritornando in sè, questi sente di aver richiamato sopra di sè la collera divina. Se il perfezionamento morale consiste nel far sì, che nel parlare il sì sia sì, e il no sia no, e che tutto ciò che se ne allontani sia immorale; il giuramento, che uno ha richiesto in forza della legge, è un'aperta dichiarazione che gli uomini legati in comunanza di dritto sono ben lontani dall'essere uomini in sè stessi leali, e coerenti. Sotto questo aspetto il giuramento è un ricordo dello spirito di menzogna, che in noi risiede. Ma il giuramento nell'amministrazione della giustizia dev'esser sem-

Digitized by Google

pre deferito in modo, che raffermi nell'individuo, sia in chi lo presta, che in chi lo riceve, lo spirito della verità, e si acceleri con ciò il momento, in cui nella vita comune il sì diventi sì e il no no.

§ 118. Se per credito s'intende la libera facoltà di disporre dei beni altrui contro la sola promessa dell'equivalente, la confidenza in tale promessa dipende dalla fiducia, che si abbia la volontà e la possibilità di adempire a ciò che si promette. Quindi il credito, in opposizione al soddisfacimento immediato, riposa sulla possibilità di un acquisto o guadagno futuro; e mercè un tale aumento di forza, oltrecchè su base materiale, riposa anche su motivi etici, le cui condizioni sono garentite dal diritto. Il credito d'un individuo si rivela dalla facilità che ei trova in piazza nel contrattare. Esso non si fonda soltanto sulla ricchezza esistente, sibbene, tanto dove la ricchezza esista che dove no, sulla fiducia della buona fede e della capacità della persona con cui si contratta, della sua professione ed amministrazione e della sua economia e accortezza. Il credito pubblico, che rivela la sua grande azione nella disposizione e nella facilità degli scambi mercè i quali le forze si aumentano, segna le correnti generali delle speranze e dei timori, del coraggio e della sfiducia, che dipendono in parte dalla confidenza negl'individui, in parte dalla fiducia sulla sicurezza del tutto e sulla giusta corrispondenza fra il volere e il potere. Poichè il credito privato in queste relazioni è nello stesso tempo un affare della comunanza, che pel legame del commercio e del lavoro universale diventa internazionale; egli è un progresso dello sviluppo etico dello stato che l'autorità regoli e garantisca la sicurtà, e nel concorso entri mediatore e custode del pubblico credito. Mercè una tale garenzia, in mezzo all'incalcolabile spostamento dei beni e delle imprese materiali e in mezzo a tutte le perdite possibili, saranno dati certi punti sicuri dell'avvenire su i quali si possa far calcolo, e che sono atti a promuovere il credito del presente e il reciproco compimento vivificatore delle forze, escludendo o limitando il timore che paralizza. Se il diritto offre semplici e pur sicure forme di assicurazione (per es. l'iscrizione d'ipoteca su di un bene stabile), semplici per facilitare la conclusione di

Digitized by Google

un contratto, sicure per vincere il timore che potrebbe ratte-nere dal contratto; se inoltre esso garentisce una pronta esecuzione delle obbligazioni che derivano dal contratto, affinchè il creditore possa disporre del suo e con sicurezza a tempo debito; una tal forma di diritto aumenta il credito, la ricchezza morale degl'individui, e la ricchezza nazionale, alla cui conservazione e al cui sviluppo esso vige.

Il diritto di concorso è un esempio tutto speciale della giustizia civile distributiva. I creditori formano in esso in rapporto al loro debitore comune un tutto forzato, una società involontaria, in cui i diritti dei vari creditori sono apprezzati secondo i rapporti interni dei loro crediti: società surta soltanto allo scopo di appianare l'affare, nel quale si sono casualmente incontrati. Il diritto cerca nella distribuzione di garentire in primo luogo gli scopi interni delle ragioni e delle prestazioni, da cui hanno avuto origine i crediti, di modo che i crediti necessari, per es. le imposte, i crediti del medico, dell' artigiano, ecc. ottengano una preferenza su quelli meno necessari o accidentali; in secondo luogo garentisce la destinazione interna dell' ipoteca, di modo che nel privilegio del debito primo inscritto vengano rispettati i rapporti,sotto i quali fu accordata la fiducia, in precedenza dei rapporti posteriori. Nello stesso senso della fiducia, che è il fondamento di tutte le umane cose, la buona fede sconcertata dall' infedeltà (nel deposito) ha la precedenza sugli altri creditori, (p. es. nel diritto di Lubecca III. 3, 2, III. 1,12). Il diritto cercando di raggiungere questi scopi interni a seconda della natura etica delle cose, deve nel tempo istesso prevenire falsi effetti secondarii, particolarmente acciocchè l' inganno non si avvantaggi del beneficio del diritto. Cotali falsi effetti secondari sconvolgerebbero tali benefiche disposizioni, se, per esempio, di un diritto di preferenza concesso alla moglie il debitore profittasse per pregiudicare il creditore, o se un procedimento accurato e perciò appunto lento fosse causa che i rapporti rimanessero lungamente in pendenza, di modo che le forze produttive comprese nella massa rimanessero inoperose e venissero sottratte a quelli, cui veramente appartengono. Quanto più complicati divengono i rapporti del commercio, tanto maggior

Digitized by Google

numero di riguardi e di scopi positivi e negativi ha d'uopo di conciliare il dritto di concorso; e poichè la sicurezza, che offre il dritto, viene ben calcolata nel progetto delle imprese, così il credito sarà essenzialmente regolato da un ordine accurato di concorso, il quale nei rapporti del commercio può essere soltanto l'opera della più esperimentata prudenza.

Ann. Solo a poco a poco l'idea etica del principio umano si è sviluppata nella legislazione relativamente ai debiti. Nelle XII Tavole il diritto contro al debitore si presenta ancora come un mezzo brutale, acciocchè si pagasse ad ogni costo; e nel diritto concesso al creditore sopra lo schiavo consegnato (*addictus*) si scorge ancora tutto l'egoismo del proprietario, al quale si concedeva di esercitare la crudeltà più feroce sul corpo del debitore fino a tagliarlo a pezzi, se entro 60 giorni nessuno intercedeva per lui (Gell. XX; 1). Un riguardo etico penetrò mitigando, allorchè la legge petelia preservò la libertà del debitore divenuto insolvente solo per momentanea crisi e non per un cumulo reale di debiti, mercè la spontanea cessione dei suoi beni. Cesare per primo garentì la libertà personale del debitore contro il reclamo del creditore, assegnando a questo soltanto gli averi del debitore (*bonorum cessio*). Quind'innanzi la libertà non fu più riguardata come un bene commensurabile colla proprietà 1).

Tra la schiavitù per debiti presso i romani e i germani e la prigione per debiti nel diritto moderno, la quale è divenuta una garenzia psicologica del creditore, passa una grande differenza. Considerata eticamente, la carcere per debiti ha lo scopo di punire a termine di legge la leggerezza del contrar debiti e l'ostinato rifiuto del pagarli. Oltre alla discordanza che v'è nel garentire un debito di danaro non più colla proprietà ma col prendere in pegno la libertà personale, vi sono ancora dei brutti effetti indiretti; poichè l'esecuzione dipende dal beneplacito del creditore e dalla sua anticipazione delle spese di mantenimento; così che il carcere non è scevro di capriccio, e serve talvolta a soddisfare il sentimento di vendetta. Inoltre la carcere oltre ad essere una pressione sul debitore, esercita anche una coazione, che, può divenir quasi una estor-

1) Teo. Mommsen, *römische Geschichte* 1856. V. III. pag. 494 seg.

Digitized by Google

sione, sui parenti estranei al debito, e può divenire in mano dell'usuraio persino un mezzo per dissanguare sempreppiù il debitore. Quindi se a ragione si cerca di abolire la carcere per debiti, importa nondimeno e anzi tutto che la legge provvegga altrimenti alla leggerezza del contrar debiti e all'ostinazione di non volerli pagare. E ciò non è certamente un compito facile a risolvere. La carcere per debiti ha un valore nella economia sociale, in quanto che nel piccolo commercio essa costituisce quasi una garenzia di pagamento, e quindi aumenta in questa sfera il credito degl'individui, dove in molti casi non vi ha altro mezzo di assicurarsene. Però questo effetto non fu mai il vero scopo della legge, nè deve divenirlo; perciocchè le basi naturali ed etiche del credito sono il lavoro, la fedeltà, l'economia e la ricchezza per mezzo loro acquistata. Dove queste virtù non esistono, ivi il timore della carcere non è che illusorio ripiego.

Il concorso, anche dove non si tratta di una bancarotta colposa sia per frode che per negligenza, toglie a colui che è divenuto insolvente non solo le ricchezze, sui cui è data garenzia, ma ancora certi diritti di onore commerciale, o certi diritti politici. Ma anche su ciò si è creduto di transigere, come per es. nell' America settentrionale, dove si esonera il debitore da ogni limitazione ai suoi diritti per renderlo il più presto possibile al commercio come una nuova forza con nuovo credito, non riconoscendosi più nell' insolvibile la menoma colpa, ma solo la forza della vicenda commerciale. Con ciò più non si promuove la cautela e la precauzione, ma si favoriscono i rischi e le scommesse. L'umanità danneggia se stessa, quando nella legislazione perde di vista i motivi etici, e pregiudica il credito, il quale riposa su basi etiche.

§ 119. Una condizione formale del credito è la legalità della moneta, la quale mercè la garenzia della società, dello stato, è il mezzo di scambio generale e riconosciuto (conf. § 93, § 104 seg.). Quindi ogni falsificazione di danaro sia metallico che cartaceo è un inganno verso la persona, a cui si dà per buono il danaro falso, e nell' istesso tempo un delitto contro il pubblico credito. Questa doppia reità rende la falsificazione del danaro (delitto monetario) un grave crimine.

Una cambiale rimessa sul credito d' un individuo e che ha corso in commercio, ha l' istessa base che la moneta cartacea

Digitized by Google

fondata sul credito dello stato. Quindi nella falsificazione della cambiale si colpisce essenzialmente la sicurezza generale del commercio; ond' essa forma un punto di mezzo fra la falsificazione di un titolo e la falsificazione della moneta; e secondo questo rapporto generale dev' essere considerata nel diritto penale più severamente della falsificazione del titolo, in cui l' inganno non colpisce che l' individuo solamente. La falsificazione di una cambiale è un ritorcere a proprio vantaggio la pubblica fiducia, simile in ciò alla falsificazione dei titoli pubblici.

§ 120. Il commercio, riposando sulla fiducia, riposa su d' un fondamento morale, e propriamente sulla scambievole idea ed opinione che i commercianti hanno di sè. Chi scema la fiducia che si aveva in un altro, scema la sua attività istessa. Quindi nell' onore civile dell' individuo s' acchiude la presunzione, ch' egli adempia le condizioni generali della fiducia (del credito morale), e che sia perciò degno del commercio. Dove in sfere più ristrette questo commercio riposa su condizioni particolari di classe, questo concetto si estende in un modo speciale all' onore della classe. Questo è il lato esterno dell' onore, in quanto costituisce le condizioni del contrattare con fiducia e facilità, o in altri termini a completare reciprocamente le forze. Però il lato interno va più addentro. Per una necessità psicologica non è punto indifferente all' uomo, in qual modo la sua personalità si rappresenti nell' opinione altrui e particolarmente nei suoi simili; perciocchè la sua immagine, che si presenta agli occhi degli altri, si riflette in lui medesimo, ed il piacere del sentimento di sè stesso in essa si conferma ed eleva, o si turba ed abbassa. Da questa doppia fonte deriva l' ira e l' odio per un' offesa che si riceve. Adunque il diritto, col punire l'offesa all' onore, tutela la fiducia universale, e reprime le passioni, che altrimenti dissolverebbero la vita sociale. Da questo lato si vede come nella lesione dell'onore individuale si attacca ancora il tutto; ma dall' altro lato l'onore dell'individuo non è che suo possesso. In tal modo anche sotto questo rapporto vi ha conflitto nella legge, e propriamente nella questione, quanta parte dell' ingiustizia debbasi lasciare all' offeso, e quanto sia

Digitized by Google

da lasciare al tutto per proprio conto: e in ciò la legge positiva diversamente decide a seconda del vario stato dei costumi. Fino a tanto che la lesione d'onore colpisce soltanto l'individuo, come tale, fino a che essa tocca il sentimento intimo dell'individuo, più che non disturbi la pubblica fiducia; fin lì resterà campo alla conciliazione o alla riparazione dell'offesa moralità individuale, senza che la legge penale vi ponga mano. Dove per lo contrario l'offesa dell'onore attacca l'attività del tutto, colà cresce nel tutto il dovere di difendersi; e la repressione dell'ingiustizia deve aumentare nell'offesa all'onore di un impiegato in ufficio, o nel dispregio del capo dello stato.

In questa sfera anche i moti più interni dell'animo divengono nella loro espressione oggetto della legge, benchè riesca difficile misurarli esattamente. Mentre la calunnia inventa dei fatti per nuocere alla fama altrui, l'ingiuria non esprime che un giudizio subbiettivo. Per la società quindi quella pesa più di questa.

Poichè in ogni ingiuria l'individuo si sente offeso dall'opinione che altri ha della sua impotenza o nullità, così nasce nell'uomo naturale l'impulso di dare per lo contrario una pruova materiale della sua forza, come avviene nel duello. Quando un uomo vien offeso nel suo onore, egli si sente talmente colpito nella condizione ideale della sua vita e della sua attività, che non ancor chiaramente si distingue dalla rappresentazione generale di un tale attacco la necessità della propria difesa. L'individuo vuol risponderne egli stesso del suo onore, e per conservarlo espone perfino la vita, perchè l'onore è la condizione del pregio che la vita ha nella società. Le idee, che hanno portato nei costumi il duello, hanno subìto delle grandi modificazioni, e si sono ben attenuate e infievolite nel passaggio dalla vendetta di sangue, che nel combattimento di corpo a corpo assumeva una forma cavalleresca, fino al giudizio di Dio, che venerava nell'esito la mano della giustizia divina (Specchio Sassone I, 63, § 4.); da questo fino al concetto generale che l'onorabilità debbasi affermare colla pruova del coraggio personale e col dispregio della morte; dall'ira e dall'odio personale, che diede origine al duello, fino alle regole generali del-

Digitized by Google

l' onore; dall' ardente vendetta sino alla istituzione dei tribunali d'onore. L' uomo vuol' essere stimato come uomo, e se non stimato, per lo meno temuto. Egli è impossibile nel diritto etico, od in qualunque altro sistema di diritto, che sia conseguente a sè stesso, d' introdurre il duello, il quale, come guerra fra due individui, turba la pace nel popolo, e mette la forza fisica in luogo di una decisione etica, e il farsi giustizia da sè in luogo di una sentenza del giudice. Egli è perciò che la legge deve perseguitare il duello; però nella misura dell' ingiustizia, propria di esso, e non sottoponendolo alle disposizioni generali sui ferimenti ed omicidi. Sta nella natura del duello, che in luogo del volgare egoismo, che si manifesta nella maggior parte degli altri delitti, possa nei suoi motivi immischiarsi un malinteso sentimento morale (dimostrazione di coraggio); e il ferimento e l' omicidio che ne ponno risultare riposano sovra una specie di mutuo contratto, pel quale ciascuno si espone ad essere ucciso o ferito dall' altro. L' immoralità di un tale contratto si scorge nella formula, su cui si basa il duello, e che può esprimersi così: tu puoi uccidere me a condizione che io possa uccidere te. Non si può per conseguenza ammettere che talvolta nel duello manchi l' intenzione del ferimento o della uccisione, ossia il *dolus* incriminabile; perciocchè il duello cioè a dire un' azione che può produrre ferimenti od uccisione, viene accettato con piena coscienza di siffatte conseguenze (*dolus eventualis*). Nella lotta fra l' opinione pubblica e la legge penale il severo diritto illuminerà l' elastica morale che si agita fra idee confuse e disordinate, acciocchè si astenga dal preferire la così detta legge d' onore alla legge dello stato, alla legge della ragione. Una saggia amministrazione di giustizia si rivolgerà meno contro l' esito che contro il movente, meno contro la sfida, bene spesso imposta, che contro la colpa morale nella quistione d' onore e contro la irriconciliabile ostinazione. Se sotto questo rapporto è ben difficile, come lo dimostra le storia dei secoli, che la vita cristiana vinca il sentimento germanico, e che la ragione universale freni il sentimento dell' offeso onore; il diritto ha via maggiormente la mis-

Digitized by Google

sione di frapporre inflessibilmente in questa lotta tutta l'energia della sua autorità pel trionfo del meglio.

§ 121. In tutti gl'indirizzi fin qui designati (§ 86 e seg.), il diritto col proteggere la persona, col garentire la volontà nella proprietà, e col difendere le conseguenze dei contratti, produce la sicurezza, la quale è nella società la condizione di ogni attività produttiva. Il diritto effettua in essa la propria destinazione, poichè in tutti questi rapporti esso rivela, come è stato dimostrato (§ 86; § 93 e 94, § 104), un fatto intelligibile, e quindi proprio dell'umana natura, quale ente comune e stabile, quale legge valevole della vita. Senza di questa sicurezza la vita si dissolverebbe in una continua e privata difesa del momento; essa rimarrebbe senza continuità di connessione, senza piano per l'avvenire, senza garenzia nella società. Soltanto per la sicurezza diviene possibile l'aspettazione dell'avvenire, e quella salutare azione che previene il futuro, e tien tesa l'attività del presente. Mercè la sicurezza l'attività dell'individuo acquista il solido terreno del vivere sociale, un vasto campo pel calcolo e il legame di ciò ch'è prossimo con ciò ch'è remoto. In tal modo il diritto, surto per la conservazione dell'etica, diventa una condizione fondamentale dell'etica stessa.

Digitized by Google

B. *Dritto di Famiglia.*

§ 122. Poichè il completamento della persona (prima nella proprietà, come strumento acquisito, poi nel contratto, come conseguenza di una volontà comune per determinati scopi) si presentò altresì come organamento del tutto; ne deriva che la Famiglia è talmente legata alla comunità sociale, che, come un tutto originario, naturale e morale (§ 85), essa prepara ed apporta la sua forza fisica ed etica al tutto più alto, simile in ciò alle radici che danno forza e nutrimento all'albero. I rapporti di dritto della famiglia hanno tre momenti essenziali: l'origine, dritto matrimoniale; l'esistenza, dritto domestico; e la dissoluzione in singole persone o in nuove famiglie, dritto di successione.

Poichè l'essenza della famiglia riposa nella sua interiorità, ed essa stessa è il fondamento della moralità dei suoi membri; la famiglia ha una legge propria interna, ed è essa stessa una legge. Il diritto civile relativamente alle condizioni di questa giurisdizione interna non fa che garentirle solamente, e s'ingerisce sol là dove la famiglia si rivela esteriormente, e propriamente dove essa cessa di essere famiglia: per esempio nel testamento, nella tutela o nel divorzio.

a. *Dritto matrimoniale.*

§ 123. L'idea del Matrimonio è di elevare l'amore sessuale, che n'è la base naturale, ma unilaterale nel suo scopo, ad un amore individuale e morale, che abbracci e incateni l'intera vita dei coniugi. Da questa elevazione segue un dedicarsi etico, fedeltà sì nei lieti che nei tristi giorni, responsabilità morale, per quanto è possibile, dell'uno verso l'altro, umane cure per i figli, oggetto comune dell'amore. Senza dell'esclusiva e permanente comunanza di vita, che è l'essenza del matrimonio, non è possibile una dedicazione piena e fiduciosa del-

Digitized by Google

l'intera peronalità. Il matrimonio, (simile al pensiero, che quantunque diretto al tutto e al durevole, pur s'innesta agli appetiti e al sentimento, elevandoli ad un principio più alto), deriva necessariamente dalla stessa idea dell'essenza umana, per cui ciò che altrimenti irromperebbe in molti desideri momentanei, vien tramutato in una permanente volontà dell'amore, o in altre parole la fuggitiva inclinazione in un sentimento che abbraccia tutta la vita. Dell'istinto, che altrimenti cercherebbe solo l'egoistico piacere, il matrimonio ne fa un mezzo, onde fondare mercè il vicendevole sacrifizio e la vicendevole fedeltà una vita sociale, e quindi etica. Laonde la santità del matrimonio, che è garentita dall'autorità della legge contro l'istinto più potente ed incostante della natura, è una disciplina dell'uomo verso l'altro uomo, ed un fondamento necessario di ogni ordine morale. L'ampliamento e l'elevazione mercè il pensiero apparisce nella stessa differenza sessuale, se questa, corporalmente insita nell'uomo e nella donna per uno scopo destinato dalla natura, elevandosi sopra di esso e spiritualizzandosi, diviene l'antitesi che determina l'intera vita spirituale. Da parte dell'uomo prepondera lo spirito d'indipendenza, da parte della donna quello di sottomissione. E se l'amore, che in armonia colla natura si rivela come cura, alimento ed educazione, appaga l'animo della donna come sposa e madre e anima la sua vita; in ciò si manifesta la forza del pensiero dell'uomo, che chiamato a dominare, pur non disdegna di lavorare anche contro inclinazione. Da parte dell'uomo prepondera l'attività dell'intelletto, da parte della donna l'istinto di appropriarsi ciò che i sensi le offrono; da parte dell'uomo un carattere indipendente e attivo; da parte della donna il soave sentimento di confidenza; nell'uomo la forte unità, come nella plastica, nella donna la dolce fusione delle differenze, come nella musica; in quello la legge riflessa, e in questa la sentita moralità. Se la differenza fisiologicamente data principalmente per una funzione naturale, si perfeziona psicologicamente e si sviluppa in una differenza generale nel modo di vedere e di agire; questi contrapposti non si respingono, ma si fondono, come gli opposti colori, in un tutto armonico. Ciascuna delle due parti ha bi-

Digitized by Google

sogno dell'altra, onde elevare insieme la propria vita, e contenere il tutto in sè e sè nel tutto; simili in ciò ai membri che funzionano nei vari ordini di un solo tutto. Laonde il rapporto fisico, cioè la propagazione della specie, ne è solo il fondamento, e nient' altro che il fondamento; il quale nel matrimonio viene eticamente ricercato e trasformato. Quindi in questa sfera v' è una contraddizione colla determinazione etica, quando si persevera sul fondamento naturale, e si sacrifica al piacere egoistico ciò, che dev' essere fondamento del bene, fondamento ad una vita intera di relazioni etiche.

Il matrimonio è essenzialmente monogamia; poichè, dovendo contenere l' intera personalità, esclude altre relazioni di simil genere. Nella poligamia l'uomo e la donna non vivono in una confidenza e fedeltà scambievole: la donna è schiava, e diventa cortigiana; fra le varie mogli regna la gelosia, e la discordia e l'inimicizia tra i nati da diverse madri, tra i figli delle diverse mogli. La monogamia è quindi nella storia dei popoli giovani una vittoria dello spirito creativo sugli appetiti individuali e distruttivi: in essa si manifesta la forza del pensiero umano, che, in opposizione al cieco estinto di natura, cerca nella vita il tutto durevole. La schiavitù della moglie, come parte più debole, porta seco, come conseguenza naturale, la poligamia. Ovunque, come nell' ordine dello stato, è una tendenza etica di impiegare la forza alla difesa del debole, e il matrimonio in questo senso educa e corregge l'uomo. Da queste determinazioni etiche, fondate psicologicamente sulla vita spirituale, risulta pel diritto la necessità di proteggere la monogamia, e di riconoscere altresì nel matrimonio e nella famiglia il marito come capo. Segue da ciò la comunanza di dritto (*communicatio iuris*) del marito colla moglie, come ad esempio la comunanza di stato, di giurisdizione e di successione ai figli. Da questa comunanza di dritto la legge trae la conseguenza esterna dell'unione personale.

Il matrimonio, se mai è una giurisdizione comune, è una giurisdizione che appartiene alla moralità individuale; a cui il diritto assicura solo il terreno, tracciando, sebbene in tratti recisi, solo gli estremi confini, fra i quali si deve muovere la

Digitized by Google

comunanza del matrimonio e della casa domestica. Il dritto, che fra questi limiti si volge interiormente ed è particolarmente conservato dal padre di famiglia, si costituisce nel rapporto istesso in cui il dritto comune sta colla moralità comune, come dritto domestico, conservando le condizioni necessarie per lo spirito della domestica moralità individuale fondato sulla generale (§ 135 e seg.).

Sulla differenza naturale dell'uomo e della donna, che esiste per natura e si sviluppa spiritualmente ed eticamente, riposa qualcosa di più che il puro diritto esterno: sulla sua forza che, retta con profondo sentimento, agisce con placida serenità, riposa la salute della vita coniugale, il prosperevole costume domestico, e persino quell' istinto conservativo della donna, tanto influente nella società umana, di fronte alla mobile attività dell' uomo. Che la grande differenza naturale tra il maschio e la femmina, la quale si riproduce in tutti i lati, si manifesti in minor misura nello stato infimo e più rozzo del popolo, altro non prova che la sua connessione coll' elevatezza spirituale. Partendo dal centro particolare dell' appetito, che a sè tira e dirige l'attività del pensiero verso il suo scopo interno, si formano queste sfere speciali di azione dell' uomo e della donna soavemente intrecciantesi tra loro.

Ann. Il dritto matrimoniale fuori della moralità rappresenta soltanto il dritto della parte più forte, e nella moralità ancora per gran tempo l' irrompente forza del desiderio, che si sforza di conciliarsi esteriormente colla onestà. — Quando fu abolita la poligamia, si presentò il concubinato; e poichè la concubine, considerata come seconda moglie, fu moralmente riprovata e posta fuori della protezione della legge, il concubinato fu riconosciuto per gran tempo dalla legge come unione con una sola donna, ma privo dei diritti che nascono dal matrimonio (Diges. XXV, 7). Invero Agostino (*serm.* 392 vedi *serm.* 224 *ed. Benedict.*) riconobbe nella profondità e severità delle sue vedute cristiane la immoralità di un rapporto che sostituiva il matrimonio, il quale — in opposizione al matrimonio — è facilmente abbandonato all' arbitrio, e disonora la donna. L'imperatore Leone, il filosofo, condannò la legge che lo sosteneva ad eterno silenzio (*constit.* 91). Nondimeno i moventi mo-

Digitized by Google

rali della Riforma e le decisioni del Concilio tridentino decisero per primi la ingiustizia del concubinato. E così la legge compì ben tardi la sua vocazione di garentire le condizioni della riconosciuta moralità (Vedi Cristiano Tomasio *de concubinatu* 1713).

Nell' antichità si fecero bensì dei tentativi importanti circa la riconoscenza teoretica del matrimonio, ma molto tardi ed a stenti si è giunto al rigore di una conseguenza pratica. Non solo la libidine individuale tenne a bada la legislazione nell'antichità e nei tempi meno remoti, ma l'istesso matrimonio indissolubile ed esclusivo fu necessariamente cimentato nell'antichità dalla relazione verso le possedute schiave, le quali di fronte alla libidine dei padroni si trovavano prive di dritto e di protezione, e si offrivano ad ogni momento ai loro capricci, come cose e proprietà. Negli stati, che riconoscono la schiavitù, la santità del matrimonio è sempre in pericoli, quantunque in alcuni di essi fosse riconosciuto anche come sacramento. Una immoralità tira l' altra.

Platone nel Convito comprende idealmente l' amore, quale impulso alla produzione del bello in un bel corpo o in una bell'anima, e questa produzione essere la parte immortale della vita mortale. Egli spinge il Bello all' elevatezza del Buono. — Il Bello per sè è l'imperituro, che sorpassa il fenomeno e si rende conoscibile solo dallo spirito. « Chi vede questo Bello puro, candido e semplice, il quale non è vestito di carne umana, di colori o di vani ornamenti, ma è uniforme al Bello divino, quegli non vuol produrre simulacri di virtù, poichè non tocca un fantasma, ma la virtù, perchè egli tocca il vero » (Convito, pag. 210 e seg.). Così Platone comprende l'elevatezza dello spirito nell'istinto naturale. Ciò invero è solamente un lato, ma come sottratto dal campo della natura. In fatti Platone nè sa riconoscere questo pensiero nel matrimonio, nè sa tenerlo lontano dal vizio greco, il quale è pur impossibile ed immorale ad idealizzare. Il dritto matrimoniale di Platone è una sconoscenza e un maltrattamento della donna. La nozione del matrimonio nasce là dove l'ideale dell'amore, il quale per Platone fuggitivamente appare come un lampo, è riposto nel matrimonio, e diventa una entità esclusiva e duratura.

Aristotele collo sguardo diretto al fondamento della realtà trovò la verità etica, che erasi nascosta all'ideale Platone, nella interna determinazione dell' antitesi fra la natura dell' uomo e della donna ad una vita comune ad entrambi soddisfacente (*eth. Nicom.* VIII, 14. p. 1162 a 16. *politic.* I, 13. p. 1260 a 20 e seg. Vedi il

Digitized by Google

primo Economico, quantunque teofrastico c. 3, pag. 1343, *b* 26 e seg.). « La natura dell'uomo e della donna è destinata secondo la determinazione divina ad una comunità di vita; la natura di entrambi è differente, in quanto che la loro forza non è adatta alle medesime cose, ma fino ad un certo punto a cose opposte, però tendenti allo stesso scopo; l'uomo ha una conformazione più forte della donna, per cui questa è più cauta pel timore, quello pel coraggio più adatto alla difesa; l'uno acquista l'esteriore, e l'altra conserva le cose nella casa, l'una assidua alle cose domestiche, ma troppo debole alla vita esterna, l'altro poco adatto alla quiete, ma forte nell'azione. La madre governa, il padre educa i figli. In tal modo i coniugi bastano l'uno per l'altro, e ciascuno mette il proprio nel comune. La loro unificazione avviene non solamente perchè possano vivere, ma perchè vivano perfetti mercè la cooperazione dell'uno per l'altro ». E la tenerezza neppur manca, quando il filosofo considera la donna come implorante aiuto, e come ricevuta dai suoi lari nella casa maritale, da cui ogni ingiustizia deve essere bandita, e soprattutto l'ingiustizia di comunanze estranee ed estramatrimoniali (*oecon.* I, 4. pag. 1344 *a* 9 confr. *polit.* VII, 16 pag. 1335 *b* 38 e seg. la richiesta legale di una unione estramatrimoniale). In tal modo Aristotile ha riconosciuto l'unità, che si compie nella opposizione, come una determinazione divina (οὕτω προφκονόμηται ὑπὸ τοῦ θείου ἑκατέρου ἡ φυσις τοῦ τε ἀνδρὸς καὶ τῆς γυναικός *oecon.* I, 3. pag. 1343 *b* 36) e in essa la vocazione per tutta la vita e il durevole ed esclusivo legame del matrimonio.

Per ciò i filosofi cristiani del medio evo potettero foggiarsi sopra Aristotile, mentre nei greci e già presso gli stoici il sentimento del matrimonio profondamente compreso, di bel nuovo venne meno, e i filosofi moderni si contentarono di poggiarlo su fondamenti unilaterali. Locke per esempio (*on civil government* sez. 2) e Hume (*essay* nella Sez. *on political society* secondo l'edizione di Edinb. 1793 II. pag. 259) derivarono la necessità del matrimonio conchiuso per la durata dell'intera vita dalla necessità di educare i figli, i quali, di fronte ai nati dagli animali, sono in un tempo assai più lungo privi d'aiuto, e richiedono la continua assistenza di entrambi i genitori. Questa relazione esterna, quantunque essenziale, è assai raramente l'essenza del matrimonio, e non il suo primo impulso. Come tale essa sarebbe solamente temporanea.

La sobria definizione di Kant: « il matrimonio essere il legame di due persone di diverso sesso per lo scambievole possesso per tutta

Digitized by Google

la vita delle loro facoltà sessuali » è basata soltanto su rigiri, ed esclude solamente per rigiri la poligamia. L'uso naturale, che un sesso fa degli organi sessuali dell'altro, essere un godimento per cui una parte si abbandona all'altra. In quest'atto un uomo divenire puramente una cosa, ciò che si oppone al diritto dell'umanità nella sua persona. Ciò essere possibile solamente sotto le uniche condizioni, che, mentre una persona viene acquistata dall'altra come una cosa, questa da canto suo acquisti quella; poichè così essa riguadagna sè stessa, e ripristina la sua personalità. In una poligamia la persona, che si dà via, acquista solo una parte di colui a cui essa si abbandona, e diventa così una semplice cosa. Questa deduzione segue un pensiero giusto; ma esso sembra unilaterale rispetto al ricco rapporto matrimoniale, che ha più profonde radici, che non la considerazione indiretta, che cioè altrimenti la persona diventerebbe cosa(v.Kant,*metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, 1797. § 24 § 25).

La definizione precedente a Cristo del dritto romano, che rimonta a Modestino nel terzo secolo, abbraccia il matrimonio nell'intero suo significato; onde non rimaneva che a darle una piena esecuzione nel dritto; ciò che non ebbe luogo sotto i Romani (Dig. XXIII, 2, 1): *Nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.* Sol quando l'*omnis vitae* vien compresa nel pieno senso, sono escluse le relazioni estramatrimoniali. La coscienza derivante in questa dichiarazione dalla vecchia morale e l'incorrotta moralità tedesca s'incontrarono col Cristianesimo, il quale riempì e consacrò col più profondo contenuto questo rapporto della vita. Riso. Tacito Germ. c. 18 e seg. e Matt. XIX, 5, Efes. V, 18 e seg. 1 Cor. VII, 1-6. Le idee più profonde del dritto ereditario si consolidano quindi nel Cristianesimo.

Se le Istituzioni (I, 9, 2) dichiarano il matrimonio *nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio individuam vitae consuetudinem continens*; il dritto canonico (*Decret.* p. II *caus.* XXVII, *qu.* 2 c. 3) da sua parte lo definisce: *individua vero consuetudo est, talem se in omnibus exhibere viro, qualis ipsa sibi est et e converso.*

Ove la fedeltà nella monogamia diventa costume, essa si estende sulla costanza e sulla fedeltà in generale; e quindi è un fatto caratteristico delle tendenze rivoluzionarie di rivolgersi contro questo stabile elemento della morale. Così ad esempio nel periodo della rivoluzione francese furono accolti nel dritto dei principi, secondo i quali il matrimonio fu considerato in un senso strettamente giuri-

Digitized by Google

dico, come un contratto comune, poco obbligatorio e facilmente rescindibile. Il Codice Napoleone repristinò nella legge, sebbene punto sui principii del dritto canonico, la severità del matrimonio.

Talchè il dritto matrimoniale si perfeziona in moralità a norma che l'idea del matrimonio si mostra più limpida allo spirito dell'umanità, non come fugace immagine e rappresentazione, ma come pensiero determinante. Oggidì ancora troviamo nel dritto matrimoniale coesistenti i vari gradi di progresso del dritto; e ogni popolo conserva nel suo dritto il grado di moralità a cui è giunto.

§ 124. Il principio costitutivo del dritto matrimoniale è stato tratto sin qui dalla persona, e propriamente dal compimento a lei necessario in tutti gl' indirizzi derivanti dalla differenza sessuale. L' altro principio costitutivo del dritto giace qui, come ovunque, nella comunanza del tutto; sicchè ciò che rispetto al singolo è Afforzamento, comparisce egualmente come Organamento del tutto. Se la famiglia è il più solido fondamento dello Stato, se da lei deriva il sano sviluppo dei suoi cittadini, se essa, come uno Stato in piccolo, educa scientemente e inscientemente per il grande Stato; ne deriva che il matrimonio, origine etica della famiglia, è altresì di grande significato per lo Stato. Mercè il matrimonio deriva dal tutto, ciò che il singolo ad esso non può dare, quella protezione cioè, che simile ad un contratto, impedisce che la parte fedele divenga la più debole di fronte all'infedele, quella garenzia della durata legale senza di cui il matrimonio non sarebbe sicuro dal capriccio del momento e dall' ingordigia del piacere. Quindi il dritto garentisce il senso etico così nelle condizioni limitatrici, a cui è sottomessa la conclusione del matrimonio, che nel divorzio. Sull'istesso fondamento la conclusione del matrimonio si è vincolata a pubbliche formalità, le quali mirano a impedire la precipitazione e ad agevolare la ponderata riflessione e l'assennata volontà.

Ann. Quando il dritto permette gl'immorali rapporti della poligamia, esso ha il compito di rimediare mercè prescrizioni o divieti alle funeste conseguenze, rimettendole su di una via morale (*risc.* 5 Mosè XXI, 15); ma vi si affatica invano.

Digitized by Google

§ 125. Dalla notata essenza del matrimonio, e propriamente tanto dalla essenza della base naturale (*coniunctio maris et foeminae*), quanto dall'essenza dell'elevamento morale (*consortium omnis vitae*) derivano dalle limitazioni necessarie, a cui è subordinata la conclusione del matrimonio; prima fra le quali si presenta quella relativa all'età. Finchè l'unione sessuale è vietata dalla legge dello sviluppo fisico, deve altresì essere vietato il matrimonio dalla legge civile; poichè per la prematura età verrebbero annullati e pregiudicati tanto gli scopi della natura che della morale. Gli appetiti precoci, e perciò innaturali, pregiudicano l'uomo. La maturità morale, che in preferenza della fisica è la condizione di un matrimonio da conchiudersi, richiede altresì anni maturi. Se dunque, ad esempio, il dritto romano prescrive per la conclusione del matrimonio per gli uomini una età almeno di quattordici anni e per la donna almeno di dodici; le altre legislazioni oltrepassano la misura minima fisiologica, che varia secondo il clima, e limitano ancor maggiormente l'età, prima di cui il matrimonio è vietato.

La sana morale è la sola che coglie il dritto su questo terreno sì individuale. *Sera iuvenum venus eoque inexhausta pubertas* (Tacito Germ. c. 20). Dove la morale degenera, ivi la legge ha una forza incerta. La legge, coll'impedire matrimoni leggeri, non di rado agevola rapporti morali.

Dal punto di vista naturale si può domandare, se la legge debba ancor permettere il matrimonio, quando secondo la età prescritta d'entrambe le parti o di una sola di esse non possa aspettarsene un matrimonio fecondo. Tale conseguenza non può esser tratta dalla legge, non solo perchè la determinazione di un limite nella forza fisica è impossibile, ma perchè l'unione etica della vita, che trova nel matrimonio la sua più alta espressione, è un bene di per sè e indipendente dalla comunanza sessuale.

§ 126. Il matrimonio fra i più vicini parenti viene vietato da riguardi etici e naturali, chè nel matrimonio sono intimamente collegati. Quando i divieti derivano da rapporti naturali, si raddoppiano altresì i morali. Ma anche questi da soli ponno divenire impedimento al matrimonio. Dove il sentimento di

Digitized by Google

un impedimento fisico decresce, come nei gradi più lontani di parentela, ponno nondimeno esistere delle difficoltà morali, derivanti dalla natura della famiglia. Il matrimonio fra consanguinei contraddice al sentimento del pudore, e l'incesto incontra un generale sentimento di ripugnanza (*horror naturae*). Se l'essenza del matrimonio riposa sopra l'armonia di parti opposte, questa condizione fondamentale, naturale e morale manca nella medesima famiglia, nella quale prepondera generalmente l'affine e viene respinto il vario, che si trova nell'antitesi. La famiglia si compie secondo il lato etico, solo in quanto il suo organamento persiste in una vita morale, ed in quanto la varia destinazione dei diversi membri si compie con serenità. Se il potentissimo istinto di natura dovesse accendere l'un l'altro i vari membri della famiglia, in essa arderebbero voglie e passioni, che la corromperebbero dalle sue radici, ne sconvolgerebbero il tranquill'ordine, e porterebbero nella quotidiana comunità il pericolo della seduzione. La sicurezza della franca e spregiudicata confidenza, che è il fondamento dell'amore che placidamente vien dato e concesso nella famiglia, sarebbe per ciò messo in pericolo. Saggi e severi divieti matrimoniali procacciano e mantengono nella casa domestica un fondo di una confidenza e di una famigliarità più piacevole. Fra i membri della famiglia sono riposti propri e naturali sentimenti morali, come il tenero e solerte amore dei genitori, il correlativo e rispettoso amore dei figli e il confidente, scambievole e soccorrevole amore fraterno. Or perche tale determinazione interna si effettuasse, devono tenersi lontani i rapporti perturbatori dell'amore sessuale, che pone in tensione la personalità. Quindi i necessari vincoli etici della famiglia, mercè il divieto al matrimonio fra i gradi prossimi di parentela sono preservati dal pervertimento e dalla corruzione. Secondo l'opinione di Agostino, il quale cerca il piano divino dell'educazione umana nell'ordine fisico, il matrimonio deve aver luogo fuori della propria famiglia; anche perchè il vincolo d'amore con ciò si allarga, e famiglie fra loro lontane, che altrimenti si ritirerebbero ognuna in sè, con ciò si stringono ed innestano insieme (risc. *de civitate Dei* XV, 16).

Digitized by Google

Ann. Sotto il riflesso fisiologico sembra constatato che gli accoppiamenti fra una stessa famiglia di animali producono figli debolissimi. Però non è ancora constatato fino a qual grado ciò si verifica. La stirpe dei Ptolemeri, stirpe ricolma solo di passioni e di scontorta morale, offre nella storia un esempio luminoso degli effetti di matrimoni fra vicini consanguinei. Ricerche ed osservazioni mediche si sono rivolte sui gradi di parentela d'un matrimonio, da cui derivano figli sordo-muti ed imbecilli, come pure malattie mentali. Sarebbe importante di proseguire e raccogliere dalle colte nazioni le varie statistiche, che si sono cominciate in Francia (riscon. *comtes rendus* 1862 LIV. LV) 1). Fin ora i loro risultati sono stati sfavorevoli ai gradi più prossimi di parentela.

Le legislazioni, circa la determinazione dei gradi di parentela fra cui è proibito il matrimonio, sono alcune più severe, come il dritto canonico, e altre più larghe, come il dritto nazionale prussiano. Il dritto romano proibisce e il dritto nazionale prussiano permette il matrimonio fra zio e nipote, fra nipote e zio. Il dritto romano considera questo rapporto analogamente al rapporto fra genitori e figli (*respectus parentelae*). Infatti il desiderio di sposarsi contraddice al profondo sentimento di coloro che sono legati da un rapporto quasi simile a quello che intercede fra padre e figlio, e che sono stati come un figlio verso sua madre; e contraddice all' abitudine naturale e alla profondità del sentimento, che uno zio, sposando la nipote, da fratello che egli era del padre o della madre di essa, divenga loro figlio, e quindi da un grado di eguaglianza passi ad una relazione di una subordinazione naturale. Se in alcune legislazioni, come per esempio Levitic. XVIII e XX con eccezione del matrimonio leviratico vien proibito il matrimonio colla vedova del morto fratello, come nel dritto romano, nel canonico, ecc.; in ciò non vi è alcuno impedimento fisico, ma la proibizione ha, come sembra, un fondamento nella spregiudicata fiducia del vincolo fraterno e nella sicura e tranquilla vita dell'interno della famiglia. Se nondimeno in certe circostanze la cognata è la meglio adatta a prendere nella casa e presso i figliuoli il posto della defunta padrona e madre, in ciò si mostra quanto vi ha di individuale e di relativo in cotali rapporti; ed è perciò che in cotali casi mentre i divieti matrimoniali colpivano gradi di parentela più lontani, ebbero pur

1) Boudin, *dangers des mariages consanguins et necessité des croissements* 1862. Risc. *Edinburgh med. Journal* di A. Mitschell, 1865. No. 117 seg.

Digitized by Google

luogo delle dispense fin da tempi antichissimi (§ 83). Egli è una rivelazione dello spirito etico e giustamente legale del dritto romano, se anche l'adozione, similmente alla parentela di sangue, fosse considerata come impedimento di matrimonio. È pertanto inesplicabile la ragione per cui nel dritto musulmano, che per altro, ammettendo la poligamia è più licenzioso, sia proibito 1) non solo il matrimonio colla nutrice, che può essere paragonata alla madre; ma ancora coi parenti di lei fra gli stessi gradi, come per la parentela di sangue 2). L'analogia della nutrice colla madre, fisicamente ed eticamente riguardata, non vien giustificata da una speciale tenerezza.

§ 127. La legge mercè tali divieti matrimoniali garentisce l'entità etica del matrimonio e della famiglia. E sull'istesso principio poggia il divieto di far sposare fra loro gli adulteri; poichè essi troverebbero nello scioglimento una ricompensa, e nella possibilità d'un matrimonio un eccitamento all' adulterio. Se inoltre le leggi non permettono il matrimonio fra persone di tali religioni diverse, che non permetterebbero la possibilità di una vita comune per la educazione dei figli, come ad esempio fra ebrei e cristiani; in ciò si rivela pur sempre l'istesso intento, cioè di garentire il fine interno della famiglia. In questo rapporto della libertà individuale lo stato lascerà un campo più largo, che nol concede la Chiesa; poichè il divieto del connubio è una limitazione civile. Lo scopo della legge civile è la fusione, ossia l'unione delle famiglie tra di loro, quindi essa non ha a porre fra le varie famiglie alcun divieto di connubio. Se non che quando l'idea delle classi, distinte per famiglie, ha un gran valore nel costume di un popolo, è giuocoforza di riconoscere ancora dei divieti, che garentiscano certi dritti famigliari per certe determinate famiglie.

Al matrimonio del principe vi si annette un significato politico, che trascende le sfere della famiglia. Or può avvenire che un tale scopo in sè esterno del matrimonio, che intanto (come

---

1) Giorgio Helmsdörfer, *des Abul-Hassan Achmed Ben-Mohammed Koduri von Bagdad moslemitisches Eherecht nach Hanifitischen Grundsätzen*, 1832, pag. 28.

2) N. de Tornauw, *das moslemische Recht*, 1855, pag. 64.

Digitized by Google

nel matrimonio del principe) è dipendente dal dritto pubblico, s'incontri e cerchi di armonizzarsi collo scopo interno del matrimonio, che ha per presupposto della comunione etica della vita un libero amore. Da questo riflesso ha origine il matrimonio morganatico, il quale senza pregiudicare all'idea della politica uguaglianza di dritto, pur rende possibile la nobile ed etica comunanza della vita.

§ 128. Il matrimonio, come unione di una volontaria comunanza di vita, presuppone nella sua origine la reciprocità di volere, per cui viene riconosciuto, e la manifestazione di quest'accordo. Ond'il matrimonio sotto quest'aspetto cade nella nozione generale di un contratto; poichè il contratto in questa forma giuridica non è altro che l'accordo di due volontà ad un fine comune, che diviene per ciascuno di essi la norma costante. In questo senso generale il matrimonio racchiude in sè il momento del contratto, senza però confondersi col contratto, che ha luogo nei rapporti giuridici del commercio. Il matrimonio non si lascia circoscrivere esteriormente, come se fosse un affare giuridico, nè il contratto matrimoniale è palese e dissolubile per questa comune volontà che racchiude. Nel matrimonio non è presupposta, come nel contratto, la nuda volontà per determinate azioni, ma una volontà che ha il suo movente nell'esclusivo amore personale, e che estende la cerchia delle libere attività fin dove l'amore si estende. Il matrimonio, secondo il suo significato e contenuto, non è un vuoto contratto, ma un ordine della vita, esistente e consolidato mercè la legge; e fra le sue esigenze etiche e legali vi sono quelle che conchiudono un matrimonio, e che riguardano ciò che i coniugi si garentiscono fra loro e conformemente alla legge mercè un atto pubblico di reciproco accordo. Sotto quest'aspetto le due parti devono essere libere nella loro volontà, come nel contratto, e non astrette da alcuna autorità. Per un errore essenziale incorso il matrimonio, come l'affare giuridico nel contratto, può essere annullato.

È una domanda difficile e delicata a risolvere, se un errore incorso nell'atto della dichiarazione delle volontà sia capace a far ritenere il concluso matrimonio per nullo, o se debba in-

Digitized by Google

vece riguardarsi l'atto come accidentale, talchè il matrimonio sussista ad onta dell'errore incorso. In generale la legge agirà saviamente, se racchiude in stretti limiti gli errori che hanno la forza di render nullo il matrimonio.

§ 129. Poichè il matrimonio, col separarsi degli sposi dalle proprie famiglie, fonda una nuova famiglia, ma loro attribuisce altresì nuovi rapporti giuridici, ad esempio il dritto ereditario; ne viene di conseguenza, che alla conclusione del matrimonio debbono essere d'accordo i genitori degli sposi o chi ne fa le veci. Questa determinazione deriva dal dritto dell'autorità paterna, ossia dal dritto del padre di famiglia, ed ha, specialmente per l'inesperta sposa, anche il significato etico di un consiglio prudente e savio, derivante da una più lunga esperienza che i genitori hanno del mondo. In tal modo derivano insieme da questa esigenza due distinti rapporti; da un lato la garentia d'un dovere figliale e di un dritto paterno, dall'altro il fondamento più circospetto del nuovo rapporto.

Il dritto romano ha avuto in vista il primo rapporto più del secondo; poichè nella conclusione del matrimonio sciolse i figli emancipati dal consenso dei genitori. Esso muove in ciò più dalla *patria potestas* in senso giuridico, che dalla cura che un padre dovrebbe avere pei suoi figli nel senso etico. A misura che l'unità della famiglia diviene più fortemente sentita e più severamente garentita, tale consenso si manifesta come una ben fondata conseguenza. E ciò viene sconosciuto dalla coscienza sol quando il vincolo di famiglia perde nel costume di un popolo la sua forza, e sorge la tendenza di porre l'individuo democraticamente al di sopra di sè stesso.

§ 130. In questi limiti il richiesto consenso riposa generalmente sulla stessa natura del matrimonio e della famiglia. Intanto poichè il matrimonio, col formare una nuova famiglia, forma altresì molteplici rapporti; la conclusione del matrimonio per i vari interessi, i quali non riposano nella famiglia, è legata ad altri speciali consensi, come ad esempio il matrimonio di un soldato al consenso dell'autorità militare, il matrimonio di un impiegato a quello del superiore, ecc. E poichè tali esigenze nascono da rapporti speciali, la società o

Digitized by Google

lo stato può avere ragioni generali per far dipendere la conclusione del matrimonio dal suo consenso. Alla necessità del consenso dello stato si è creduto di ricorrere negli ultimi tempi, onde ovviare al soverchio aumento di popolazione e al depauperamento, che traggono seco un danno etico. Aristotele, intento ai sani e fecondi connubi dei suoi concittadini, già accordò al legislatore il diritto d' intervenire nella conclusione del matrimonio, onde il male di precoci e tardivi connubi venisse evitato. Però sarà saggezza del legislatore di risparmiare leggi generali, dove il compito, (come nella conclusione del matrimonio) è sì individuale, che non lo stato, ma solamente la ponderazione di chi vi ha parte, e nel nostro caso l' opposizione del capo di famiglia può risolvere. Ond' ei bisogna avere in mira di agire direttamente o indirettamente da questo lato, e in particolare di rendere più sentito il dovere e la responsabilità dei genitori, e di dare un serio significato al loro diritto di consenso.

Le leggi, che vogliono prevenire mercè severe disposizioni matrimoni leggeri, corrono grave rischio di facilitare unioni immorali e di evitare un male minore con uno maggiore.

Ann. Il passo notabile nella politica di Aristotile (VII, 16) mostra da un lato lo spirito etico, con cui Aristotile considera anche le condizioni fisiche del matrimonio, e dall'altro, ammettendo la esposizione dei fanciulli e la soppressione del feto, una grande rigorosità di considerazione, da cui puossi ben misurare il progresso del sentimento riguardo alla vita umana, avvenuto per opera del cristianesimo.

Aristotile si dichiara contrario ai matrimoni intempestivi come ai molto tardivi. Se i figli, ei dice, stanno per età molto indietro ai genitori, allora nè i genitori fruiscono la gratitudine dei loro figli, nè i figli il sostegno dei loro genitori. Se all' opposto i figli sono molto vicini di anni ai loro genitori, essi sono presso chè compagni d'età e l'ossequio è quindi poco; inoltre nascono riguardo ai beni pretensioni e dissensi. L'unione fra persone giovani non produce forte prole; la pudicizia guadagna nello sponsalizio più tardivo, e la forza dell' uomo per una più lunga astinenza. Quindi Aristotile, riguardando al tempo in cui la seguente generazione prende il po-

Digitized by Google

sto della prima, dice che il fiore della seconda generazione comincia là, dove la prima entra nell'età in cui si comincia a declinare.

Quest' ultimo pensiero di Aristotile si può portar più oltre nella sua conseguenza. Quando i matrimoni prematuri divengono costumanza, in verità vivono nell'istesso tempo tre generazioni nel paese, le quali esigono nell' istesso tempo conservazione e soddisfacimento dai mezzi comuni del popolo. Quindi cresce il pericolo dell'eccesso di popolazione, e uno spingersi ed urtarsi, che non lascia tempo nè luogo all'uomo di vivere eticamente.

Aristotile a forza di deduzioni arriva al risultato, che il tempo più adatto a contrarre matrimonio sia per l'uomo l'età all'incirca di 37 anni, e per la donna quella di 17.

In tempi di eccesso di popolazione e di depauperimento si presentano delle considerazioni speciali, riguardo all' età in cui debbano conchiudersi i matrimoni, che bisogna far valere nelle leggi contro la perniciosa intempestività di essi. Ma dove, come nel matrimonio, la vita individuale e l' individuale modo di comprenderla, che viene determinata dal più poderoso desiderio, impone un voto decisivo, ivi la legge traccia sol deboli limiti. In simili tempi rimedia sol la famiglia che si mantiene e si protegge da sè stessa; e la legge opera, se anche indirettamente, pure nel modo più sicuro, se protegge l'onore della famiglia, lasciandone a questa in tutto il resto la responsabilità. Se però la crescente povertà si diffonde, e rende perfino impossibili i vincoli della famiglia, allora l' uomo, simile agli animali, pensa al solo piacere del momento, e non si da pensiero dell'avvenire. Nella famiglia tutto riposa sulla etica costumanza. Quando l'eccesso di popolazione diminuisce mercè l'emigrazione, ciò avviene per la speranza di un migliore avvenire nell'estrania terra.

§ 131. La costumanza di far precedere alle nozze la promessa ha un giusto fondamento; perchè il tempo che intercede fra la promessa del matrimonio e la conclusione serve a preparare la cosa, a consolidare negli sposi, che imparano a vivere più intimamente e spiritualmente insieme, la volontà alla fede scambievole, e perchè essa è adatta a purificare ed a sperimentare la tendenza al matrimonio, la quale non dev'essere nè un puro sentimento da romanzo, nè un calcolo senza sentimento. Nondimeno la promessa negli sponsali, per quanto il

Digitized by Google

rifiuto di una parte possa essere sensibile e perfino mettere in pericolo la pace interna dell'altra, è protetta dalla severità del costume, e non dalla forza del dritto, tranne che si sia espressamente pattuito altrimenti.

Mercè la coazione giuridica per obbligare al matrimonio in seguito della promessa, andrebbe perduto tutto il significato di quel tempo che intercede tra la promessa e le nozze. Oltracciò il pattuire una multa, come si fa in tutti gli altri contratti quando vi si recede avanti il compimento, contraddice al nobile sentimento della personalità.

La pubblica dichiarazione della volontà per la conclusione del matrimonio sta, secondo la natura delle cose, sotto la sorveglianza della legge civile, poichè gli effetti del matrimonio in generale appartengono alla vita civile. Intanto è un tratto più retto del sentimento, che il matrimonio, il quale ha lati etici profondissimi, sia dato in custodia alla chiesa, ossia all' essenza etica universale fondata sulla fede in Dio, e che lo stato abbandoni alla chiesa oltre alla consacrazione la cura delle condizioni legali del matrimonio. Dove, naturalmente in contraddizione di ciò che dovrebb'essere, ma in conseguenza della contingenza storica, Chiesa e Stato venissero in lotta riguardo al dritto matrimoniale, allora la legge civile — come avviene nel matrimonio civile — deve far valere i suoi pronunziati, e lasciare all'arbitrio della Chiesa ed ai suoi aderenti i pronunziati di questa.

Se il matrimonio civile è il risultato delle opposizioni circa le condizioni etiche del matrimonio fra Stato e Chiesa, e risulta come un ripiego, esso ha pure il compito di garentirne la dignità nella sua esecuzione, onde non sia considerato come un affare comune di dritto.

Ann. Filone espresse bene il medesimo concetto, che esprime la parola tedesca *Traung* (sponsali) derivata da *trauen* (fidare). Secondo la traduzione degli Armeni: *depositum commendatum sibi sumit vir mulierem a parentibus, mulier autem virum a lege* (*quaestiones et solutiones quae sunt in genesi* § 27 secondo l'edizione di Aucher).

Digitized by Google

§ 132. Accanto alla conclusione del matrimonio sorge la domanda, se esso sia dissolubile.

Il matrimonio è di sua natura indissolubile: la sua forza etica riposa soltanto su questo presupposto. Se il matrimonio per sè stesso fosse dissolubile, esso avrebbe altrove il suo centro di gravità, che nella comunanza di vita che lo compie; e ciascuna delle metà dell'unico tutto necessariamente si sforzerebbe a tirare a se l'altra parte. Solamente nel presupposto della forza etica, che deriva dall'unione indissolubile, esso ha ottenuto i diritti, che appartengono al matrimonio in forza dei rispettivi doveri. Il matrimonio non è un pubblico contratto, ma un ordine superiore agl'individui e non basato sui loro mutevoli capricci. Nella sua solidità riposa una forza etica, che respinge i capricci e i cupidi affetti. Oltracciò gli sposi concludono il matrimonio nell'opinione che esso sia indissolubile, poichè essi lo domandano per tutta la vita. Sicchè il matrimonio vuole e dev'essere indissolubile; e il dritto deve garentire questo carattere, e considerare le eccezioni come un perturbamento fatale. Se la legge forviasse da questo sentiero, il matrimonio farebbe della simpatia e dell'antipatia un provvisorio esperimento; le discordanze e le contese degli sposi, che si compongono e tacciano in un matrimonio immanente, favorirebbero ed ecciterebbero ferite inguaribili, e l'educazione dei figli specialmente, che è soltanto possibile sulla base di un matrimonio sicuro e indissolubile, verrebbe abbandonata a pericolosi disordini. Sulla santità del matrimonio riposa il sentimento morale che si propaga nella prole e che è fino ad un certo punto l'avvenire di un popolo. Dove la pura moralità determina la legge, e la severa legge la moralità, ivi il matrimonio è indissolubile, e vien respinto l'errore; ma quando la legge tratta leggermente i vincoli matrimoniali, allora trionferà l'errore e sarà favorita l'infedeltà.

Quindi il Divorzio può essere riguardato sol come un mezzo di scampo per la parte sana, per la parte innocente, come una eccezione di ciò che era da « principio » solamente per « durezza de'cuori » (Matteo XIX, 8). Quando l'adulterio ha di fatto distrutto il matrimonio — tranne il caso che l'amore di una

Digitized by Google

parte fosse sufficientemente forte a vincere e dimenticare l'ingiustizia dell' altra, ciò che è individuale virtù — la parte innocente potrà chiedere il divorzio, e la legge deve accordarlo. Quando esiste una grave colpa che si avvicina all' adulterio, come ad es. il doloso abbandono, in cui v'è racchiusa la presunzione di una infedeltà matrimoniale, o un attentato alla vita, la parte innocente potrà parimente invocare il divorzio. Dove egual colpa grava da ambo le parti, e l'unità del matrimonio viene da entrambe rotta; ivi una legge più severa non riconoscerà alcun fondamento alla richiesta del divorzio; e se in tal caso, per evitare lo scandalo alla società, lo si deve accordare, la legge deve far sì, ch' esso riesca come pena ed espiazione della colpa vicendevole divenuta pubblica; perchè altrimenti non si mostri complice essa stessa del duplice torto.

Resta la domanda, fino a qual punto le circostanze, che indipendentemente dalle ragioni etiche rendono impossibile la effettiva continuazione del matrimonio, come nel caso della mania, possono autorizzare il divorzio. In generale la legge deve provvedere, acciocchè solo il male, che una parte fa all'altra, e non il male che le viene per caso possa sciogliere il matrimonio; e che nessuna ragione vi sia di divorzio, il quale sciolga nei tristi giorni dalla nobile società e dallo scambievole sostegno, e insegni agli sposi ad elevarsi non come persona, ma solo per amor dell' utile. Secondo questo modo di vedere sono escluse dalle cause di divorzio il consenso scambievole e la sopravvenuta impotenza. Se si guarda all' effetto nella vita, la legge deve ovviare a due difficoltà; essa deve da un lato guardarsi dal nuocere mercè debole arrendevolezza alla importanza della conclusione e dell' assennatezza nella condotta del matrimonio, e dall' altro dal promuovere mercè false severità ogni specie d'impudicizia.

Il dritto matrimoniale è essenzialmente distinto dal dritto privato del mio e del tuo, poichè nelle ragioni facoltative il diritto è coattivo fino al risarcimento, ma nel matrimonio (in cui si tratta raramente di un rapporto particolare, ma sempre di un intero e libero rapporto vitale) solamente in scarsa misura. Quindi la protezione legale diviene insufficiente, e la legge

Digitized by Google

ha ben da ponderare, acciocchè nulla imponga, che non possa poi far eseguire (Puchta sul progetto prussiano di una legge sul divorzio nei *fliegenden Blättern für Fragen des Tages* (I). Berl. 1843).

Il processo di divorzio è parimenti difficile , poichè il giudice non ha che poco o nessun mezzo di sapere la verità , se entrambe le parti vogliono infingere, e nella denunzia dei fatti giuocano sotto coperta. Se è consigliato da ragioni interne di rendere più grave e penoso il divorzio, come ad esempio nei casi che si proibisca un novello matrimonio fino ad un tempo determinato, una siffatta penosa prescrizione servirà anche a rendere più rara la collisione delle parti. Ma se, per provvedere a ciò, si volesse stabilire che la legge non debba accordare giammai il divorzio senza punire la parte rea , e quindi si volesse condizionare la domanda di divorzio ad una sentenza di pena; la pena derivata dai fini della ricerca non sarà una giustizia derivata dalla natura delle cose. Egli è ingiusto ed illegale, che l'adulterio rimanga impunito , quando non ci sia domanda di divorzio , e punito , quando domanda vi fosse; egli è ingiusto e pregiudizievole che la querela , che negli altri delitti parte dal pubblico rappresentante della legge , in questo derivi dal privato , e ciò tanto maggiormente in quanto che la querela emana da un tale , che finora era in stretto amore coll' imputato. L'aggravare in tal modo il divorzio non è conforme alla natura delle cose.

§ 133. Quanto più essenziale è per la calma coscienza degl'individui e per l'amorosa pace della famiglia, per la prosperevole educazione dei figli e per la pura moralità della vita comune che il matrimonio sia sacro, tanto più utile può comparire di proseguire e punire come un delitto comune l' adulterio, ovunque esso si trovi.

Inoltre poichè nell'adulterio viene infranta la pace della famiglia , e poichè accanto all' offesa alla vita non vi ha offesa personale maggiore di quella arrecata all'onore, che è la santa fiamma vivificatrice della vita domestica ; così , anche senza riconoscervi il passaggio dalla rozza difesa personale al dritto pubblico od una concessione all' ira umana, egli è facile a com-

Digitized by Google

prendersi perchè legislazioni, come ad esempio l'antica romana, accordassero al marito un dritto domestico contro all'adultero e al padre dell'adultera un dritto contro l'adultero e l'adultera fino a ucciderli impunemente (*dig.* XLVIII , 5 , 20 *seg. nov.* 117. *cap.* 15. vedi Tacito *German.* 19). Se un adultero è colto in flagranza, egli è giusto e bene di lasciare un campo più lato al concetto del dritto domestico e della necessaria difesa: ma in ciò non può essere giustificata nè la vendetta , nè la giustizia privata, che rovesciano il principio fondamentale del dritto.

Quindi si domanda se e fino a qual punto l'adulterio, ancorchè la parte offesa nè sporga querela nè domandi una separazione, possa essere investigato e perseguitato analogamente agli altri reati comuni. Lo scopo interno della famiglia si oppone alla conseguenza del dritto pubblico , e fra entrambi bisogna cercare una conciliazione. All'amore del coniuge dev'esser concesso anche la facoltà di covrire il delitto dell' altro coniuge. Dove ciò avvenisse , la confidenza e il timore dei figli verso i genitori è principalmente garentito da un pericolo che non potrebbe arrestarsi a questo unico punto, ma andrebbe infallibilmente oltre nelle sue conseguenze fatali. La legge all' istesso modo che non esige il divorzio nel caso di adulterio , ma lo garentisce se richiesto ; per agevolare la riconciliazione , non deve comandare neppure di perseguitare nelle famiglie le orme dell' adulterio , la cui pubblica persecuzione pone innanzi agli occhi degl' indifferenti l' ascoso segreto della vita matrimoniale, e non deve permettere senza ragione il pubblico scandalo di un adulterio consumato. Se l'adulterio, quando per cagione sua il matrimonio venga sciolto, dev' essere punito nel coniuge colpevole e nel suo complice; pure un riguardo al vincolo di famiglia esige, che la punizione dell' adulterio allora soltanto abbia luogo, quando il coniuge innocente lo richieda.

Quanto più difficile egli è di tracciare generalmente i confini di ciò che spetta a questa giurisdizione , quanto più i trascorsi della cupida natura umana richiedono una cauta ponderazione nel trattamento esterno; tanto è più importante di affidare l'esercizio del dritto matrimoniale ad uomini probi ed esperti.

Digitized by Google

§ 134. Ogni impudicizia degrada immediatamente la persona e si abbassa al nudo mezzo del piacere carnale, e lede mediatamente il principio del matrimonio e la famiglia, come radice del popolo. Quindi il dritto punisce il delitto della lussuria derivante dal principio del matrimonio e dal principio della persona. Fra tutti i vizi quelli che agiscono con una forza oltremodo distruttrice sì negli individui che nei popoli, sono i vizi del piacere sessuale, che degradano lo spirito alla bassezza della vita vegetativa. L'uomo divide cogli animali il piacere sessuale; ma se l'uomo diviene animale e muta il suo spirito sentimentale in animale, esso perverte la sua natura nei piaceri sensuali in una perfetta contro-natura, e profonda al di sotto del bruto. Contro tali seducenti vizi (3. Mos. XVIII, 22; 3. Mos. XX, 13 lettera ai Romani I, 26, 27) hanno quindi le legislazioni giudaiche e cristiane fatta valere la severità della pena di morte. Quanto più la dottrina atomistica è inclinata a riguardare i vizi della carne come un fatto privato, di cui ciascuno è responsabile per sè; quanto più il vizio che si aonesta cerca illudere se stesso ed altrui, sostenendo che tutto si limiti, come nei godimenti materiali, ad andare d'accordo e a ricompensare la parte; tanto più importa far rilevare come in ciò venga offesa la pubblica moralità.

Tolleranza e propagazione dell' innaturale ed infame piacere sessuale e crescente violazione dei matrimoni sono i sintomi di un popolo che decade, come in Grecia, in Roma e nella Turchia: l'impero sopra sè medesimo e la purità de' costumi sono la garenzia di durevole giovinezza. La volontà svanisce nella impudica immoralità; ciò che è nobile cessa dall'esser più suo scopo; gl'individui divengono snervati; la casa diviene deserta; la crescente generazione respira l'alito venefico di aria pestilenziale, e la nazione va in frantumi. Se la legge non spegne questo male nel suo germe, diverrà poi impotente a farlo, quando la corruzione sarà diventata dolce costume.

b. *Dritto domestico.*

§ 135. Nel diritto matrimoniale noi comprendemmo l'origine

Digitized by Google

e lo scioglimento del matrimonio; nel diritto domestico or comprenderemo i rapporti giuridici, che formano e conservano la famiglia, e quindi anche la proprietà. Nel dritto domestico concorrono sotto tre lati diversi scopi distinti, di cui ciascuno cerca nel dritto la propria conservazione a misura del proprio significato etico, e dà alla legge positiva forme diverse, potendosi in vario modo accordare, a norma che or prevale l' uno ed ora l'altro (§ 47).

L' essenza del matrimonio deve in primo luogo determinare anche il rapporto della proprietà fra i coniugi; giacchè la loro proprietà dev' essere considerata non più come strumento della volontà individuale (§ 93), ma come strumento dei fini comuni del matrimonio in pro' della personalità più elevata della famiglia, che essi fondano. Intanto si presenta un altro riguardo, che racchiude la possibilità dello scioglimento del matrimonio, sia per la morte di un coniuge, sia per divorzio; e quindi nella comunione cerca di garentire i singoli coniugi come persone e padroni della loro proprietà individuale. Inoltre gli scopi del commercio esigono, che chiaramente si sappia chi e che cosa faccia sicurtà degli obblighi assunti, e con ciò si evitino i danni e si promuova la facilità dei contratti. Questo terzo scopo, di natura subordinato ai due precedenti, influisce dappertutto, ancorchè indirettamente, e si presenta più chiaramente nei rapporti reali dei coniugi nel caso di concorso (§ 118).

Il primo scopo prevale nella così detta Comunione dei beni, il secondo nel Sistema dotale dei romani.

Se la sana volontà matrimoniale intende a guidare il matrimonio ad un amore scambievole, per modo che gli sposi vicendevolmente si antepongano l' uno all' altro 1); questa volontà, quando domini gli animi (come originalmente nello spirito del popolo tedesco) determinerà negli sposi, in opposizione al calcolo che tiene divisa la proprietà, lo spirito giuridico di condividere i propri beni. Onde viene il pronunziato dello Specchio Sassone:

---

1) *Per mutuam caritatem et invicem se anteponendo.* Tacito *Agricol.* c. 6.

Digitized by Google

«nel matrimonio non vi ha dualità di beni; e l'uomo assume sotto sua garenzia la tutela legale dei beni della moglie ». Nella comunione dei beni (l'unità dei beni fra i coniugi) i beni di entrambi i coniugi sono confusi in una sola massa, che può anche garentire i debiti fatti prima del matrimonio. Il marito, come capo della famiglia, amministra i beni comuni, e conchiude gli affari giuridici che li riguardano. Entrambi gli sposi acquistano in comune per i loro beni comuni ed hanno pure nel guadagno e nella perdita una parte uguale. Gli obblighi contratti col terzo trovano la più ampia garenzia su questi beni tenuti in comune; e la stretta comunione dei beni, in ispecial modo sviluppata nelle città, è molto utile al commercio e all' industria. Però in questo ordine vi è una fiducia illimitata e pochissima garenzia; poichè i beni della moglie sono avventurati ai casi ed ai rischi delle operazioni commerciali, e nell'amministrazione all' imperizia ed agli errori del marito.

Il sistema dotale dei romani va si oltre nello scopo opposto, nello scopo della personalità privata che si continua nel matrimonio, che il matrimonio in sè e per sè non cangia nulla nei rapporti possessori dei coniugi; perciocchè esso lascia conferire dei beni della moglie solo una parte *ad matrimonii onera sustinenda* e la fa restituire nel caso di scioglimento come libera proprietà, lasciando all' incontro al marito, come sua proprietà, tutti i guadagni fatti durante il matrimonio.

Il principale motore di questo sistema si scorge, particolarmente quando lo si osservi istoricamente, essere stato, oltre all'unione della propria famiglia con quella della consorte, la garanzia dei beni che la donna reca nella nuova famiglia.

Fra quel prim' ordine legale, che, il più vicino all' idea del matrimonio, rivela un pieno abbandono alla confidenza, e questo secondo, che, considerando la vicenda delle cose, rivela una prudente cautela, si presenta un ordine medio, che riconcilia entrambi quest' impulsi morali. Un tal' ordine è quello che vien nominato secondo l' espressione antica, il sistema dei beni acquistati (*societé d' acquèts*), per cui i beni acquistati durante il matrimonio sono considerati come comuni, e messi a profitto degli scopi del matrimonio; laddove i beni dotali e gli

Digitized by Google

altri privati della donna vengono assicurati e riservati per lei solamente.

Se i patti matrimoniali determinano gli scambievoli rapporti patrimoniali, essi devono tenersi fra le norme, che sono stabilite dai fini del pubblico traffico, come avviene ad esempio quando la legge durante il matrimonio non riconosca la donazione del marito alla propria moglie, onde prevenire un pregiudizio al creditore.

Chi vuole ben penetrare nelle varie determinazioni particolari del dritto positivo, deve spiegarsele nella connessione di questi tre scopi.

§ 136. Sta nella natura del padre di casa di accogliere nella sua saggia volontà l'unità del tutto per il bene del tutto istesso: e da questa idea derivano i suoi doveri verso il tutto e verso le parti (moglie, figli, servi) e i suoi dritti corrispettivi. Il capo e i membri della famiglia, si uniscono nel comune scopo della prosperità domestica e in esso hanno la misura dei loro diritti e dei loro doveri; il padre il dovere della protezione e della cura, i membri il dovere dell'obbedienza e del lavoro.

Egli è un comprendere da un sol lato la cosa, quando si fa derivare il dritto del padre di famiglia — specialmente l'autorità paterna — dalla forza naturale acquistata nel compimento del matrimonio e nella procreazione dei figli. Questa forza naturale è soltanto la base; ma il vero fondamento umano è l'elevazione allo spirituale e all'etico, per cui solamente si acquista un dritto. Solamente per gli scopi etici il dritto anche in questa sfera garentisce le condizioni della forza e cerca la sua sorgente là, dove si compenetrano a vicenda l'Afforzamento degl'individui e l'Organamento del tutto.

Ann. Nel padre di famiglia si compendia secondo il concetto degli antichi la giustizia domestica (il δίκαιον οἰκονομικόν). La casa richiede, come ogni altro tutto, la sua soddisfazione (autarchia): ond'essa ha una tendenza necessaria all'acquisto per procacciare a sè stessa e ai singoli membri i mezzi e gli strumenti necessari per raggiungere i loro scopi etici. A questo scopo solamente essa cerca la sua ricchezza, e non per una tendenza illimitata al danaro e ai beni (A-

Digitized by Google

rist. *polit.* I, 8. p. 1256 *b* 26 seg.). Se per un proverbio antico quella casa è meglio regolàta, in cui nè si cerca il superfluo, nè manca il necessario; il concetto di superfluo e di necessario cangia invero secondo il tempo e la condizione, secondo l'educazione e l'ambito in cui si vive; ma per chi sa comprendere la misura dei rapporti dati, quegli vi trova la misura di quella temperanza, che cerca dai mezzi esterni soltanto l' interna felicità.

§ 137. Oggetto dell'accordo individuale è che il marito e la moglie, il padre e la madre nelle libere e speciali attività dispongano armonicamente il tutto della casa. Entrambi dovranno subordinarsi al comune scopo della famiglia, che sta al di sopra di loro, e ciascuno alla volontà dell' altro. Ad onta di tale eguaglianza interna però quando la famiglia dev'essere rappresentata all'esterno, il signore della casa ne ha da essere il legittimo rappresentante, come capo della famiglia: la sua etica autorità non è altra, che quella che nasce dal suo dovere di guidare e garentire il tutto della famiglia come capo.

Dall' interno rapporto segue pel marito il dovere di provvedere alla sussistenza della moglie; e nei casi di lite da parte della moglie il diritto di richiedere dal marito l' adempimento di un tal dovere. Nel diritto romano ne deriva anche la inammissibilità di un'*actio poenalis o famosa* ecc.

Ann. L'autorità matrimoniale è nel periodo più remoto del diritto, e persino nella *conventio in manum*, soltanto la prepotenza della parte più forte, portata a regola di dritto.

§ 138. Il dritto dell' autorità paterna è determinato e circoscritto dallo scopo interno, che si presenta nel dovere paterno della protezione e dell' educazione. Quando i figli raggiungono la propria maturità, in guisa che protezione ed educazione non sia più oltre necessaria nè possibile (come chiaramente si mostra, quando il figlio venga a fondare un proprio stato famigliare od assuma un ufficio ecc.) l'autorità paterna si scioglie di per sè dallo scopo, su cui era diretta. Il dovere della protezione e della educazione è soltanto l'espressione giuridica di ciò,

Digitized by Google

che per sè è l'impulso della natura, cioè l'amore ai figli reso etico come per istinto necessario. Questo amore è nella umanità un rampollo sempre giovine, ed è l'esempio più raro di quell'amore fiducioso, esclusivo e pietoso, che è l'opposto della volontà mercenaria, che si ha nel commercio (*amor mercenarius*). Ma la legge che riconosce la potestà paterna, deve, quando quell'amore più non fosse, esigere questo dovere; essa dee garentire da un lato le condizioni, che procacciano un campo a quest'amore operoso dal più singolare all'universale, e dall'altro deve vietare l'abuso della forza, cui si abbandona l'inerme.

L'obbligo nei genitori di educare i figli si presenta nel dovere della scuola, che contro al pericolo, che nella presente necessità della vita i genitori adoprino la forza dei loro figli al lavoro e guadagno, e non badino al loro avvenire, assicura la misura più piccola di tempo e di forza per l'educazione ed istruzione, e contro ai genitori di corta vista o di limitata educazione conserva per quanto è possibile gli elementi più universali dell'educazione umana e civile. Egli è un falso concetto quello di considerare questo dovere della scuola come contrario al dritto e alla libertà dei genitori; poichè questa limitazione dei genitori deriva dalla stessa idea, da cui deriva il riconoscimento dell'autorità paterna. Ciò che la legge nel dovere della scuola toglie ai genitori di arbitrio sui figli, a questi aggiunge di forza spirituale e libertà.

Ann. L'uomo naturale che cerca l'aumento della sua forza, comprende i figli analogamente alla proprietà acquistata, cioè come aumento di forza e solamente come tale; e se li attribuisce a durevole sua disposizione. Questo concetto, che pone il dritto prima del dovere, e considera il figlio secondo l'analogia della illegale schiavitù, è stato portato nella *patria potestas* dei Romani all'ultima conseguenza e fino alla più esteriore severità sì, da opporsi ai dritti dello Stato: essa è stata estesa sui figli e sui figli dei figli. Questo dritto illimitato, che fece del padre un δεσπότης e della famiglia una forma possibile di dispotismo, fu mercè l'amore naturale e lo spirito della moralità romana così moderato e nobile, che in mezzo al libero stato ogni famiglia era un regno: e ciò dette alla disciplina

Digitized by Google

romana un fondamento duraturo e solido; laddove in Atene la dissoluzione dell' autorità paterna, già dal tempo in cui Aristofane scrisse le Nubi, preparò la dissoluzione dello Stato. Il concetto romano della *pietas* nacque nella famiglia sotto il dritto più severo dell' autorità paterna, come presso i giudei la venerazione verso i genitori nacque da analoghi diritti che concedeva la legge mosaica. L'ossequio, che è il fondamento di ogni etica volontà, nasce nei figli soltanto dove la severità, qual perno fondamentale della loro condotta e benevolenza, sia da essi sentita come intenta e rivolta al loro proprio bene. Sotto tale aspetto è quindi saggia cosa di afforzare nella legge e nell'amministrazione della giustizia la potestà paterna e non di scemarla.

Federico il Grande ebbe il pensiero di protrarre gli anni della dipendenza dall' autorità paterna e di tardare il tempo della età maggiore. *Sur l'éducation* 1779. Montesquieu considera l'utilità politica della *patria potestas* nella repubblica romana, poichè dessa conservò la morale, alleggerì i magistrati, rese deserte le sale dei tribunali e fu sacra potestà, non nata da contratto, ma da antico e generale accordo (*l'esprit des lois* V.7. *lettres Persannes*, lettera 79).

A questo punto bisogna pure che sia ricordata la importante parola di Aristotile *polit.* I, 12. *p.* 1259 *b* 1: il padre di casa governa su moglie e figli, su di essi come liberi, e non all'istesso modo del potere sovrano; γυναικὸς μὲν πολιτικῶς, τέκνων δὲ βασιλικῶς; ossia sulla donna con eguali dritti che un cittadino magistrato sugli altri, e sui figli invero coll' istessa elevatezza di un re, ma su liberi però e non su schiavi.

Aristotile (*eth. Nicom.* X. 10) ritiene come necessaria per l'educazione la cooperazione delle leggi alla direzione paterna. Le paterne istruzioni e le abitudini devono essere nelle famiglie austere, come la legge e il costume negli stati; anzi ancor di più per la stretta comunanza di sangue e di benefici; quindi l' amore figliale deve andare d'accordo colla naturale obbedienza. La educazione paterna dev'essere uniforme alla salute, allo stato e alla costituzione individuale, e deve in ciò distinguersi dalla educazione pubblica.

Di sopra si è già detto che nella famiglia la pietà deve coesistere coll'autorità, e che il dritto, che si forma nell' interno di ciascuna famiglia, deve entrambe attuarle nel costume.

Cefalo nel principio dello stato di Platone encomia la vecchiaia, poichè essa ci libera dalle male voglie, che ci signoreggiano; e determina perciò le condizioni della sapienza della vecchiaia. Sotto di

Digitized by Google

un tale aspetto nel rapporto di padre e figlio ripetendosi in ciascuna famiglia il rapporto della vecchiaia colla gioventù, l'educazione tende ad infondere nella gioventù il benefizio della vecchiaia, come il germoglio d'un innesto, e quindi a dar forza alla saviezza, e saviezza alla forza. Dove ciò avviene, colà soltanto la durata della vita nel senso morale si prolunga. In tale indirizzo l'educazione paterna si effettua con veneranda autorità; e dov'essa viene animata da retta intenzione, nulla equivale alla profonda impressione che produce.

§ 139. Egli è un tratto caratteristico degli uomini di vedere nei figli la propria continuazione, e di riguardare come una conservazione di se stesso la propagazione del nome che s' immedesima colla rappresentazione della propria vita, come in una ricordanza che va oltre la tomba: ciò è un tratto caratteristico degli uomini, perchè trascorre il piacere del presente e racchiude un pensiero sull' avvenire, che custodisce il passato e fa sì che l'uomo si senta come ente storico. Da questo aspetto il matrimonio senza figli trova un compenso artificiale di tal difetto nell'istituto dell'Adozione (accettazione in luogo di figlio). Quando il matrimonio, quantunque infecondo, è indissolubile, egli è necessario anche da questo lato di ammettere questa imitazione del rapporto filiale. Intanto l' adozione, poichè non riposa su rapporti naturali, ha bisogno dell' espresso riconoscimento dello stato. È sua natura di non potere respingere dal vincolo paterno i già esistenti figli, e quindi è concessa solamente in mancanza di figli; essa richiede il consenso delle parti, specialmente del padre; e ponno essere adottati solamente quelli che per la loro età potrebbero esser figli al padre adottante.

Ann. Le conseguenze legali di un rapporto giuridico artificiale si ponno determinare solo positivamente. Il diritto romano sviluppò ampiamente nei suoi effetti l'adozione, che si connette anche ai dritti politici, poichè nel dritto principesco l'adozione in sè e per sè non ha alcun valore per la successione al trono. Se nelle interpetrazioni del dritto romano domina la opinione, che l' adozione sia istituita

Digitized by Google

al fine di poter acquistare l'autorità paterna che non si ha, in ciò si mostra il generale indirizzo del dritto romano privato, di provvedere cioè in ogni origine di dritto principalmente alla proprietà e alla forza della persona, che in essa si conserva e si aumenta; ma in questo caso si pone in luogo d'un fondamento comprensivo solo un lato del rapporto.

§ 140. Il terzo lato del dritto domestico riguarda la servitù. Dove la subordinazione nasce da un contratto, come nella servitù, ivi essa è dissolubile, e quindi manca di quella forza che hanno gli altri rapporti necessari e individuali della famiglia. Poichè il contratto ha per scopo la subordinazione, il dritto per conseguenza ne ha da tutelare il giusto rapporto. I servi sono considerati come membri della casa colle determinate loro faccende in pro' del tutto e non per determinati fatti speciali. Il padrone di casa, all'istesso modo che è fino a certi limiti mallevadore di essi, ha pure su di essi un'autorità domestica, in massima parte determinata dal dritto consuetudinario; alla quale le leggi non debbono attentare; poichè mentr'egli impedisce lo sconcerto della morale, avvia i servi al miglior costume della casa, ed esercita su loro un' autorità educativa.

c. *Dritto ereditario.*

§ 141. Il dritto ereditario, che si presenta, sebbene sotto forme diverse, in tutti gli stadî del dritto, e quindi può valere come un fatto della coscienza legale, è stato oppugnato dalle teorie atomistiche del dritto per la ragione, che in generale nessuna forza naturale può agire al di là della vita, quindi neppure la volontà — lo che avviene nelle disposizioni testamentarie — e che perciò ogni dritto finisce colla vita. Ogni eredità esser dunque un bene vacante. Questa teoria si confuta in primo luogo per le sue conseguenze. Se il dritto ereditario cessasse dall' esistere, il bene vacante o dovrebbe essere abbandonato alla libera occupazione, o dovrebbe appartenere allo stato. Nel primo caso deciderebbe della proprietà una gara di astuzia e di rapina, un brano di storia di guerra di

Digitized by Google

tutti contro tutti ; e nel secondo mancherebbe allo stato una misura giusta nella ripartizione ed inversione di essa. Senza del dritto ereditario mancherebbe alla sicurtà della famiglia un impulso naturale, mancherebbe alla famiglia colle cure dell'avvenire uno stimolo al lavoro, una grande leva dell'operosità, e il guadagno si sprecherebbe al godimento del momento. Quindi nel dritto ereditario chiaro si mostra come l'acquisto e la conservazione della proprietà sieno di rilievo agli uomini per gli scopi, che sorpassano la vita individuale; poichè la volontà comprende in uno il passato e l'avvenire, e nella proprietà si fonda una continuità storica, che non scorre colla vita passaggiera dell'individuo, ma si continua naturalmente. Al dritto compete di garentire un tale scopo interno.

La proprietà vien costituita allo scopo di raggiungere certi fini individuali, che in gran parte riposano nella famiglia, e nella famiglia si continuano. Quando l'acquisto avviene nella famiglia e per la famiglia — ciò che è la forma originale dell'acquisto —, egli è ragionevole che i beni acquistati rimangano nel dritto ereditario, quando viene a mancare il capo di casa.

Il principio del dritto ereditario non viene costituito nè dalle sole singole persone, nè dalla sola famiglia. Se la volontà del proprietario da sola dovesse bastare, allora nessun riguardo sui figli e sugli scopi della famiglia lo vincolerebbe, e il capriccio del testatore sarebbe coerente allo scopo più prossimo dei beni. Se all'opposto l'eredità dovesse necessariamente rimanere nella famiglia, sicchè la famiglia, similmente alla persona del testatore, dovesse necessariamente mantenersi nella proprietà; allora dovrebbe con ragione ammettersi, che la eredità non possa essere rifiutata, ancorchè carica di debiti. Da queste considerazioni adunque chiaro si mostra, come il diritto ereditario debba essere determinato da due scopi, che in esso cercano armonizzarsi, e possono produrre nel dritto positivo una varia risoluzione: il primo scopo riposa nella famiglia, per la quale (considerata come un tutto) o pei vari membri, in cui si ripartisce, la proprietà dev'essere riserbata; e il secondo nella volontà del proprietario, che la legge riconosce fin nel momento della sua morte, onde compiere lo scopo etico della proprietà,

Digitized by Google

che fu l'impulso del suo acquisto e possesso. Potendo questi scopi venire in lotta, la legge cerca fino a certi, distinti e determinati limiti di assicurare dall'arbitrio del testatore gli scopi della famiglia e dei suoi membri. Il principio giuridico del vincolo di famiglia e del concetto dell'acquisto poggia quindi sul dritto ereditario; ma dall'altro lato poggia anche sul riconoscimento dello stato, come tutto comprensivo; il quale, avendo nella famiglia il suo più saldo fondamento, assicura e garentisce nella massim' ampiezza le forme legali che da essa derivano, ma in modo però che non contraddicano a scopi più elevati.

Ann. Il dritto romano, quantunque il pensiero determinante della successione *ab intestato* fosse stato il vincolo di famiglia, concedeva anticamente (Livio I, 34. Cic. *d. ora.* I, 38 digesto XXVIII, 2, 11) al testatore, come proprietario, una libertà così illimitata, che secondo le XII Tavole i padri potevano a loro beneplacito istituire o diseredare i loro figli, a ciò sol richiedendosi alcune forme giuridiche, onde respingere del tutto il primo scopo fondato nell'essenza della famiglia. In essa il dritto è compreso soltanto come forza personale e messo innanzi ai doveri, analogamente alla proprietà, che si presenta anche nella forma di una compra solenne (*per aes et libram*). Questo modo di considerare l'eredità poggia su di uno stesso fondamento ed era in connessione coll'assoluto arbitrio della *patria potestas*. Intanto poichè i genitori potevano a loro arbitrio diseredare i figli, questi dal loro canto dovevano, similmente agli schiavi, essere eredi, se pur loro non aggradisse (*haeredes sui et necessarii*). Il primo rigore fu moderato più tardi mercè disposizioni legislative, e l'altro mercè il dritto pretorio; ma in massima parte rimase il dritto della libertà di testare, che fè nascere nei costumi quel tirare il dritto a proprio vantaggio, che esercitarono i vili ricettatori di eredità.

Il dritto attico ebbe una tendenza affatto opposta, e persistè nel principio originario della famiglia, non permettendo alcun testamento, quando vi sieno figli, e non conoscendo altra forma di investire dei propri beni l'estraneo, che quella dell'adozione per mezzo di testamento. Laonde il testamento dovea necessariamente contenere l'adozione dell'erede estraneo.

Digitized by Google

Il riconoscimento di questi due principii portò alla istituzione della legittima, riserbata ai parenti più prossimi; ed a misura che la legge eleva la quantità della legittima, il vincolo di famiglia si pone al di sopra del capriccio del testatore. Nella domanda quale testamento sia inofficioso (*testamentum inofficiosum*), l'etica della famiglia (cioè i doveri che i figli hanno verso i genitori ed i genitori verso i figli) è ciò che ne determina l'*officiosità* (risc. *novell.* 115).

§ 142. La domanda, se l'eredità testamentaria o la eredità *ab intestato* sia stata la prima forma a manifestarsi nel dritto, appartiene alla ricerca storica; e a ciò può variamenrispondersi a seconda del dritto dei vari popoli. Ma induttivamente parlando però, può ritenersi che il vincolo di famiglia, che sta a base della successione *ab intestato*, sia stato la prima forma a manifestarsi, e che la successione testamentaria, per cui il padre di famiglia può disporre dei suoi beni a suo beneplacito, la seconda. Nella successione testamentaria, quando il capriccio del testatore non trova nessun freno, l'ordine originario del dritto viene sovvertito.

Ann. Nel Genesi si trovano tracce di un dritto proprio dei patriarchi di conferire beni nel caso di morte (I Mosè, XV, 2, 3. XLVIII, 22). Ma un vero testamento, o qualcosa altra che ad esso corrisponda non trovasi punto nel dritto mosaico.

Se in Atene vi era l'istituzione di erede per ultima volontà solamente sotto la forma dell'adozione, ciò vuol dire che da principio solamente i figli avevano il dritto di ereditare, dritto che era imitato nell'adozione. Anche nel dritto indiano si trovano accanto ai testamenti le adozioni 1).

Tacito dice dei tedeschi (*Germa*, c. 20): *heredes tamen successoresque sui cuique liberi, et nullum testamentum*; *si liberi non sunt, proximus gradus in possessione fratres patrui avunculi.*

La forma solenne del *testamentum in comitiis calatis*; secondo cui il testamento, similmente ad una *lex*, aveva bisogno del consenso e della sanzione del popolo, presenta il testamento nell'antichissi-

1) S. Maine, *ancient law*, 2ª ediz, 1863. pag. 193 e seg.

Digitized by Google

ma Roma come una eccezione, e dimostra che originariamente ivi valeva un dritto simile a quello da Tacito dinotato pei tedeschi.

Sicchè in queste sfere della storia del dritto si conferma, che ciò che logicamente dovea essere il primo, lo fu anche di fatti storicamente.

§ 143. La disposizione della proprietà in caso di morte può verificarsi o mercè donazione a causa di morte (*Schenkung mit warmer Hand, donatio inter vivos mortis causa*) o mercè ultima volontà (testamento). Per quella è necessaria una pronta accettazione, laddove per questa l'accettazione ha luogo dopo la morte del testatore.

Il conferimento a causa di morte è un dare ed un ricevere colla riserva che il dono rimanga proprietà del donante, finchè egli viva.

Mercè il testamento la volontà personale del proprietario ha la sua più grande espressione nel dritto ereditario. I momenti del conferire e del ricevere, della donazione e dell'accettazione si presentano in atti distinti ed espressi.

Ciò che esclude la volontà, come la demenza, esclude altresì la capacità di disporre per ultima volontà. Intanto poichè l'ultima volontà è un atto che dissolve la famiglia, egli è necessità che si manifesti chiaramente, e la legge deve quindi attaccarla a forme solenni e certe, come a testimonianze, o all'autorità giudiziale che l'accoglie, ad una espressione non dubbia, a condizioni determinate ad evitare disaccortezze e trascuranze; come ad esempio quando prescrive che per la diseredazione di un fanciullo non basta la omissione nel testamento, ma ci ha bisogno di una espressa diseredazione. Le forme, che furono trovate allo scopo di assicurare la volontà e garentirne il contenuto, ponno riuscire al contrario, quando vi s'insinua l'errore. Quanto più le forme divengano complicate, tanto più esse offrono l'occasione a porre un ostacolo al chiaro e incontrastato contenuto.

La disposizione testamentaria ha i suoi limiti nello scopo interno del dritto ereditario. Poichè i figli, in cui la personalità del padre rivive, sono ancora i più prossimi per rappresentare

Digitized by Google

il padre nella proprietà, e poichè la cura dei figli, che è un dovere del padre, è anche un dovere della sua ultima volontà; ne consegue che ai figli è riservata una Legittima contro il capriccio della diseredazione o di una eccessiva diminuzione. Onde il prodigo è incapace a fare un testamento. Può anche avvenire che vi siano delle limitazioni nella natura istessa delle cose, di cui si ha a disporre. Così ad esempio trovasi tale limitazione nella natura istessa della eredità, quando dei beni rustici sono dichiarati indivisibili; sicchè essi non possono appartenere che ad un solo erede; ovvero (come nel diritto feudale e nei fedecommessi istituiti per la conservazione della famiglia) quando un bene passa indivisibile, intatto e immune dal dritto di sequestro per successione prestabilita da padre in figlio, di mano in mano; nel qual caso il dritto di eredità non è mai assorbito dal possessore temporaneo. Qui però nasce spontanea una domanda, cioè se tali determinazioni corrispondano ai fini dello stato ed agl'interessi della economia sociale. Ma a ciò dee provvedere la legislazione, a cui solamente ingombe l' obbligo di permettere o di vietare tali restrinzioni; poichè quando il testamento trova nel tutto della comunanza giuridica la sua guarentigia e consistenza, trova altresì in esso le debite precauzioni.

Per limitare possibilmente il campo alle astuzie avvocatesche, che cercano far valere la forma sul contenuto, si potrebbe imaginare una disposizione, secondo cui nei testamenti oscuri e trascuratamente fatti dovrebbero stabilire la volontà probabile del testatore i periti, come giurati. Nè si tema che un tal ripiego possa rendere più trascurato il testatore; perciocchè a nessuno piacerà mai che altri venga chiamato a interpetrare la sua volontà.

Se alle disposizioni del testamento si aggiungono delle condizioni, queste devono essere apprezzate nell'istesso modo che pei contratti. La legge, per mantenere il testamento nel resto, deve considerare come non messe le condizioni che contraddicono all' essenza dell' eredità, o che sieno fisicamente impossibili, o che abbiano una morale difficoltà.

Legati, Fedecommessi, Sostituzioni ecc. sono forme

Digitized by Google

giuridiche che appartengono all' esecuzione, alla qualità e al modo, e non all' essenza del principio della successione testamentaria. Tali ordini del dritto positivo, che sono destinati a rischiarare ed assicurare l' adempimento dell' ultima volontà nei suoi vari indirizzi, ponno presentarsi come effetti dannosi indiretti, che bisogna prevenire mercè nuove determinazioni positive; come avvenne nel dritto romano, in cui l' aggravio dell' eredità mercè i legati rese necessaria la così detta *quarta Falcidia*. Quindi il dritto nel suo sviluppo acquista nuove forme, che mirano a garentirne il senso etico.

§ 144. Quando non v' è disposizione di ultima volontà, subentra la successione secondo la legge (*ex lege*).

Nella successione *ab intestato* si presenta involontariamente l'idea della comunanza di dritto derivante dalla natura della famiglia e del matrimonio; della famiglia, come nei fedecommessi, nei maggiorati e nei minorati, o nell' ordine dell' antico dritto romano il principio per cui i figli non ereditavano dalle loro madri; dal matrimonio, come nel vario dritto del sistema dotale, e della comunione dei beni. Nella successione ab intestato si tratta di garentire alla famiglia i beni uniformemente al suo scopo interno; e il pensiero della legge cerca secondo la prossimità del vincolo di famiglia di trovare la misura, secondo cui, chiamando gli eredi o facendo valere le loro ragioni, determina la loro quota proporzionale conformente alla natura della giustizia distributiva (§ 51). La legge può determinare il giusto rapporto solamente mercè punti di vista generali, che cadono nella maggioranza dei casi, ma che non sempre sono sufficienti al caso determinato e speciale. Se un ordine ereditario è stabilito da lunga esperienza, e quindi trova nel popolo un generale consentimento, sarà bene di non far testamento e di lasciar riposare nella legge l'avvenire della famiglia, la casa e i beni; poichè mentre la disposizione di ultima volontà perde difficilmente l'apparenza del capriccio e facilmente eccita invidia e discordia, l'abbandonare l'eredità alla legge concilia gli eredi, i quali in questa veggono come la norma delle loro previsioni, ed evita dissapori e litigi. Motivi speciali ponno giustificare delle deviazioni nelle disposizioni di ultima volontà, come per

Digitized by Google

esempio quando un figlio, avendo un maggior bisogno di aiuto, esige per la sua speciale condizione un patrimonio maggiore degli altri fratelli. Simili motivi, che si presentano come doveri, addimostrano la saviezza del testatore.

L'antiveggenza e la precauzione della legge, che ordina la eredità, deve avere principalmente innanzi allo sguardo due casi capitali; in primo luogo il caso, in cui un coniuge lascia superstite l'altro (l'uomo la donna, o la donna l'uomo); ed in secondo luogo il caso, in cui non rimanga alcun coniuge superstite. Quel primo caso si presenta fondamentalmente diverso, quando dal matrimonio rotto per morte siano, oppur no, sopravvissuti dei figli; e il secondo caso s'inviluppa, quando non rimangano figli o figli di figli, e la successione cade in mani più lontane.

Il primo caso, massime se non rimane alcun figlio, ritorna nella nozione del matrimonio (§ 135); e si presenta variamente, a seconda che vale il sistema dotale romano, la comunione dei beni, o il sistema dei così detti beni acquistati. Quando in un matrimonio sterile un coniuge sopravvive all'altro, si tratta di sapere se e in che quantità debbano rimanere al coniuge superstite i beni comunemente goduti fino allora, o se e in che quantità debbano trapassare nella famiglia dell'estinto. In ciò bisogna tenere a calcolo il dovere che ha verso la moglie il marito che acquista, dovere che l'antico dritto romano disconosce affatto, e il tedesco garentisce in varie guise.

Se un coniuge sopravvive, e con esso sopravvivono anche figli comuni, è necessario fra queste due parti un ben ponderato temperamento, specialmente nel caso, in cui la madre sopravvivi al padre. Da una parte non è giusto, ed è un rovesciare il rapporto etico, che la madre dipenda nella sua sussistenza dai figli e dai loro beni; cosa che facilmente accadrebbe, quando la madre non ricevesse nulla, od una porzione molto sproporzionata a quella dei figli (conf. *tit.* XVIII. *nov.* 117. *cap.* 5 *auth.*); ma dall'altra parte v'è la possibilità che la madre torni a rimaritarsi, e quindi porti la sua quota di eredità in un'altra famiglia. Allora v'è il pericolo, che la quota ereditaria della madre venga perduta per l'avvenire dai figli, per

Digitized by Google

i quali gli sposi acquistarono in comune. Le leggi positive hanno cercato in tale disaccordo vari espedienti, ora con una porzione assegnata, ora con usufrutto, ed ora con entrambe queste cose. I rapporti si avviluppano quando si tratta di determinare il dritto ereditario nel caso di un secondo e terzo matrimonio.

Nel secondo caso, se non rimane alcun coniuge superstite, i rapporti successori si presentano in tre vari gradi.

Il primo grado è formato dai discendenti (figli, nipoti ecc.). Il loro dritto ereditario poggia per lo meno sulla cura materiale dei genitori, non essendo più possibile la individuale dell'occhio e del cuore.

Nel secondo grado si presentano insieme gli ascendenti e quindi i collaterali del testatore, i suoi genitori, i fratelli e le sorelle, che costituiscono il legame più prossimo dell'amore. La natura stessa delle cose lascia domandare, se debbano succedere i genitori in preferenza dei fratelli e delle sorelle, o questi in preferenza di quelli, o entrambi insieme ed in porzione eguale. E la domanda si complica ancor più, se vi sieno fratelli o sorelle di diverso letto. A ciò può darsi varia risposta a seconda delle varie considerazioni, che si fanno valere; e su ciò le leggi positive si dividono.

Nel terzo grado finalmente si presentano i parenti più lontani. A misura che i doveri del defunto sono minori, anche i dritti dei parenti diventano più incerti (contrastabili), e il principio fondamentale del dritto ereditario, cioè l'amore del vincolo familiare, si estingue a mano a mano che la parentela si allontana. In generale — seguendo le così dette parentele — quelle che hanno col defunto il ceppo comune più vicino, ponno essere preferite a quelle che derivano da uno più lontano; perciocchè quest'ordine corrisponde al sentimento umano e all'umana memoria della vicinanza e della lontananza nel vincolo del sangue 1), e quindi pure in generale alla misura della

---

1) G. Homeyer, *die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung*, 1860 pag. 16 e seg.

Digitized by Google

tendenza fra i parenti a prestarsi scambievole aiuto e ad amarsi.

Se coloro che dovevano ereditare, vengono a perire, ma hanno lasciato figli, questi sottentrano ai loro genitori in modo, che « rappresentano » insieme il loro padre o la loro madre. Essi ponno essere più od un solo, e la porzione del loro genitore loro appartiene in comune. Le varie famiglie, che formano o che potrebbero formare i figli del defunto, ereditano in parti eguali. Intanto se si va oltre, e tutti i figli del defunto sono morti, e sopravvivono in loro posto i figli dei figli; allora tutti questi figli, come nipoti, sono sottoposti egualmente alle cure del loro avolo; e in questo caso sarebbe comentabile, che i figli dei figli non succedessero più, come rappresentanti dei loro genitori, *per stirpes*, ma, quantunque di varia progenie, in parti eguali *per capita;* cosicchè i nipoti, che sono uguali fra loro, ricevano anche una porzione eguale, ed evitino così i loro disaccordi. Il decreto imperiale di Spira del 1529 stabilì, che dopo la morte dei padri e delle madri i nipoti e le nipote ereditassero dai fratelli e dalle sorelle dei medesimi. Intanto l'ineguaglianza, meno nel concetto, torna da un altro lato; giacchè ai nipoti discendenti tocca una parte più o meno grande dell'eredità per circostanze che non dipendono da loro; ma a seconda che i membri intermedi abbiano vissuto più o meno lungamente. Se ciò sembra un' accidentalità, porta nondimeno con sè altri inconvenienti.

Se l' eredità va a parenti lontani, i quali sono appena compresi nel vincolo dell'istessa famiglia, perchè il sentimento dell'unità si è già da tempo spento, il dritto ereditario derivante dalla necessità degli scopi interni in tal caso va all' opposto, e diventa un giuoco della sorte. Laonde egli è ben ragionevole, che la legge rompa il dritto ereditario pei lontani gradi di parentela, e conferisca i beni ereditari alla società.

Non può essere di veruna importanza allo spirito etico del diritto l' offrire i beni ereditari a persone, con cui sieno estinti i rapporti della famiglia e della volontà del defunto, quasi fossero un tesoro trovato, che eccita l' avidità di tutti, e stimola l'acuta mente giuridica e blasonica a processi ereditari. Ond'egli è giusto e bene che tali eredità, in cui è estinto il pensiero etico

Digitized by Google

del dritto, siano devoluti ai beni comuni; e la legge ha da determinare tassativamente i confini della successione *ab intestato*. Rispettivamente al popolo, è meglio che tali eredità non sieno devolute alla cassa generale dello stato (al fisco), in cui tutto affluisce indistintamente; ma bensì al comune più vicino, che le inverta, se è possibile sotto il nome del defunto, in opere di pubblica beneficenza. E ciò soddisferebbe chi si trovasse nel caso di dover morire senza eredi.

L'ordine ereditario dev'essere produttivo come ogni altro diritto; ed esso lo è nella misura in cui procaccia alle famiglie solidità e pace. Intanto siccome il dritto ereditario presenta principalmente i membri comuni della famiglia nella loro esteriorità, esso può altresì servire ad alimentare anche interiormente questo sentimento.

Ann. Egli è più facile ricondurre un dato dritto ereditario ai pensieri che lo guidò, che l'abbozzare giustamente tutte le possibili conseguenze dei rapporti interni, i quali s'avviluppano maggiormente per la morte che miete tra il numero degli eredi. Ben istruttiva è in ciò la storia del dritto ereditario romano, nella severità con cui è compreso nelle XII Tavole (in cui era determinato soltanto dalla potestà paterna, e dal geloso egoismo delle famiglie che si stringevano in matrimonio), nell'equo temperamento dell'editto pretorio, e finalmente negli interni vincoli di famiglia, più profondamente compresi da Giustiniano. Contro l'egoistica *patria potestas*, (che in certo modo presta soltanto le figlie colla loro dote alla famiglia del marito, ma non s' inclina a rinunziare alla propria ricchezza acquistata), contro la conseguenza, che i figli non ereditano dalla loro propria madre, e che la successione della madre torna nella casa di suo padre, inutilmente lottano i legami naturali del sangue. Anche secondo Giustiniano la moglie superstite non ottiene quel riguardo, che il dritto germanico, almeno in germe, a lei offre.

§ 145. Per due ragioni si presenta la necessità di considerare la successione come un tutto, e non divisa in parti (successione universale). La prima sta negli obblighi del testatore, per i quali deve far sicurtà la massa dei suoi beni. A nor-

Digitized by Google

ma che gli affari di dritto si aumentano e si sviluppano in obblighi ed esigenze, e la proprietà serve di sicura base a questi complicati rapporti, egli è necessario — per il concetto stesso dei beni, che si presentano per gli obblighi e le esigenze come una grandezza positiva e negativa — di considerare la massa come un tutto, e di ritenere altresì come un tutto la eredità. La seconda ragione riposa, se si ha riguardo al testamento, nel concetto dell' ultima volontà, la quale riguarda il tutto e non le singole parti della eredità. Poichè pel testamento e per l'accesso alla eredità l'offerta e le accettazioni cadono secondo la legge in due atti distinti; così v' ha bisogno per l' entrata in possesso della eredità di disposizioni positive, come sarebbe la determinazione del termine, che vien concesso all'erede, onde rifletta se debba accettare oppur no, la determinazione di ciò, che durante questo termine dev'essere litigato sulla eredità giacente; e, nel caso che un erede rinunzia, come ha da considerarsi la parte dell' eredità divenuta libera, e finalmente fino a qual punto ogni singolo erede è tenuto agli obblighi del testatore, se proporzionatamente alla parte ricevuta dal tutto della eredità (*pro rata*), o ciascuno per il tutto (tutti *in solidum*) ecc. Tali determinazioni, sebbene derivate dalla legge soltanto secondo il punto di vista di una misura esterna degli scopi, hanno nondimeno bisogno di precise disposizioni, per evitare od appianare le liti, e per offrire al commercio un campo più sicuro intorno alle disposizioni avvenire.

§ 146. In luogo dei testamenti, i quali esigono o attendono l'accettazione degli eredi istituiti, ma non l' acchiudono, ponno presentarsi delle disposizioni, che sono prive di questa mancanza, i Contratti ereditari, cioè certe disposizioni legali bilaterali e irrevocabili, che immediatamente riguardano una sola o entrambe le parti, sia che per essi si acquisti, sia che si perda un dritto sull'eredità (Istituzione dell'erede e Rinunzia). Questa forma, similmente alla piena libertà del testamento, è ivi soltanto autorizzata, dove i più prossimi fini del dritto ereditario difettano nella famiglia. Quindi ei non può appartenere ad essa una disposizione tale, che ledesse, ad esempio, il dritto della legittima. Se essa non serve a scopi determinati, per e-

Digitized by Google

sempio ad ordinare i rapporti patrimoniali fra i coniugi, o se ha un significato politico, come nell' *Erbverbrüderung* (patti di famiglie nobili collegate alla comunione dei beni e alla successione reciproca); la legge in generale non deve favorirne l'applicazione; poichè essendo irrevocabile, lega la volontà e impedisce nel cangiamento delle circostanze ogni cura individuale, per la quale appunto è garentita la libertà dell' ultima disposizione (§ 142). Inoltre il disporre dei beni durante la vita non è per un tale contratto ereditario giuridicamente limitato; ma però il sentimento interno del proprietario facilmente resta turbato dal vedersi sempre innanzi il futuro erede contrattuale, il quale guarda con occhio avido i beni ch'ei già ritiene per suoi.

§ 147. Dalla cura che la famiglia ha da prendere pei figli nasce la Tutela. Essa è un dovere che in caso di morte incombe principalmente al padre di famiglia, e che è quindi da lui compresa nella disposizione di ultima volontà, od altrimenti disposta mercè una dichiarazione. Dall'altro lato il comune o, in una cerchia più ampia, lo stato è così strettamente legato alla prosperità delle famiglie, che esso accoglie — anche non chiamato — la tutela sotto la sua protezione e sorveglianza; e quindi ratifica i tutori nominati dal padre, o se non vi è nominato alcuno, nomina i tutori, li riveste principalmente di pubblica dignità, e li rende responsabili. Il vincolo della famiglia e dello stato dev'essere regolato in modo, che la disposizione emani in primo luogo e propriamente dal padre; sicchè la cura sia affidata alla famiglia, e il governo non sia chiamato che in luogo del padre ad assicurare la disposizione di costui. Il tutore assume i doveri paterni dell' assistenza e della educazione, della conservazione e dell'amministrazione dei beni fino all'età maggiore del pupillo, tale riconosciuta dalla legge, fino all'età cioè in cui si presuppone che il pupillo abbia raggiunto il pieno sviluppo delle sue facoltà. Da questo dovere nasce il diritto della sua autorità in luogo del padre, e principalmente il diritto che nel commercio la sua parola sia chiamata ad autorizzare la parola del pupillo.

Intanto non si può presupporre nè nel tutore la pienezza dell' amore paterno, nè nel pupillo la rispettiva devozione filiale,

Digitized by Google

sebbene nel caso speciale spetti ad entrambi di riavvicinare i loro reciproci rapporti d'intimità. Quindi nella tutela, che viene a formare un rapporto irrevocabile, sta il durevole pericolo, che si svii dal pensiero interno, sia per trascuratezza, infedeltà ed egoistico interesse del tutore, sia per l'indole ricalcitrante e sospettosa del pupillo. Quindi la legge cerca di prevenire tale pericolo e di garentire le condizioni, su cui soltanto tale rapporto può prosperare, tenendo il pupillo attaccato all'obbedienza e il tutore ad una cura solerte e scrupolosa. La legge, ad esempio, obbliga il tutore ad un inventario esatto, e alla resa de' conti. Questo dovere è insieme il suo diritto; poichè egli ha in ciò il suo sostegno contro i sospetti, che perturbano il senso etico del rapporto interno. Inoltre la legge cerca di escludere quei tutori, il cui interesse è in opposizione agl' interessi del pupillo, ed esige una cauzione. Egli è sotto questo aspetto che si è messa in campo la questione, se debbano chiamarsi alla tutela i più vicini parenti di sangue, come ad esempio i fratelli, gli zii, ecc. ecc., avendo questi rispetto alla eredità ed ai beni un interesse contrario a quello del pupillo. In realtà le varie legislazioni sono titubanti nei loro motivi circa le determinazioni dei limiti fra fiducia e sospetto, e vi riflettono lo stato sano o corrotto della loro morale. In generale il dritto fa bene a confidare nello spirito etico del vincolo di famiglia; poichè la esclusione dei vicini parenti offende questo spirito, mentr'il rafforza il chieder loro una tale cura. Però il dritto ha sempre a vegliare, a che non subentri il proprio ed egoistico interesse, e punirà doppiamente l'infedeltà del tutore, quand'ei fosse un membro della stessa famiglia del pupillo.

La posizione della madre offre una speciale difficoltà. Come madre, essa è la prima fra tutti ad essere chiamata a prendere il posto del padre; ma come donna, essa è quella che meno si presta agli affari legali: oltrecchè nel caso di un secondo matrimonio, divisi gli interessi patrimoniali, non raramente avviene che si aliena dai figli del primo letto. Quelle leggi, che sottopongono le donne per gli affari giuridici ad un procuratore (tutore), non permettono alle madri di essere tutrici dei propri figli; ma le leggi che non riconoscono una tale tutela del sesso,

Digitized by Google

non hanno alcuna ragione di escluderle, almeno finchè non vadano a seconde nozze. In tal caso però bisogna procurare che il tutore non dia a divedere di rappresentare contro la madre (come se fosse una parte contraria) i figli, che ancor riposano nel suo cuore. Il tempo che la legge stabilisce per l'età maggiore è in ragione del tempo in cui si scioglie l'autorità paterna. Quanto più si complicano i rapporti della vita, tanto più c'è bisogno di una certa maturità per essere idoneo a quelli; e quindi riesce più proficuo di non anticipare l'età maggiore.

Sotto l'aspetto dell'interesse economico si può seguire un punto di vista tutto contrario per aumentare gli anni produttivi della vita, e di ricondurre i beni dal riposo, in cui cadono durante la tutela, ad un'attività produttiva. Nondimeno in un senso più elevato, anche per l'economia politica la sicura prosperità della famiglia, che è in rapporto alla maturità degli anni, è più feconda e profittevole dell'accelerata circolazione dei beni nel commercio, per cui si aumentano le rovinose vicende delle famiglie.

La tutela non può essere considerata come una *negotiorum gestio* (§ 110); perchè così perderebbe il carattere peculiare di rappresentare le cure paterne e l'autorità da ciò dipendente, e andrebbe perduta l'utilità pratica della sua natura etica. Il gestore si presta liberamente; laddove il tutore vien dato dall'autorità.

Ann. Il dritto romano nella tutela prende maggior cura dell'amministrazione dei beni, dell'*auctoritas* che il *tutor* interpone negli affari legali, ossia del lato materiale, che della educazione. Laddove quanto più profondamente è sentito il bisogno etico della educazione, quanto più nei nuovi tempi — specialmente nella borghesia — una educazione adatta alla vocazione e corrispondente ai beni forma il più gran capitale attivo; tanto più importante si presenta il lato ideale della tutela, di cui è molto più difficile a render conto, che dell'amministrazione del danaro e dei beni.

La tutela è principalmente affare di famiglia; e lo stato v'entra solamente per vigilare sulla estesa e sì facilmente abusata facoltà, temporando secondo le circostanze o rendendo più rigorosa questa ispezione. Ma se i tutori, come avviene in alcune legislazioni,

Digitized by Google

non sono che rappresentanti dell' alta tutela, ossia dello stato, allora lo stato dovrà avere tutt'altro compito; ei dovrà rivolgere le sue cure al vivo interesse delle famiglie, sottraendole nelle circostanze da mani imparziali sì, ma pur non di rado indifferenti; e farà in modo che i padri imparino a sentire il dovere di procacciarsi a tempo un uomo, che possano designare come uomo di confidenza e quale tutore dei loro figli nel caso di morte. Se nei padri fosse viva la coscienza di questo dovere, essa potrebbe stringere vincoli più forti di amicizia, che non sia il dovere di patrino, il quale per lo più se ne cava con un regalo.

Nella tutela sui pazzi e sui prodighi (*furiosi e prodigi*) non si rimpiazza l' autorità paterna, ma il difetto dell' individuale entità: su questa lo stato ha maggiore azione, perchè si tratta d' individui di età maggiore; la famiglia però ve ne ha del pari. Il prodigo, che, allettato dalle seduzioni del momento, tralascia le cure dell'avvenire, si rovina nei suoi beni, che sono i mezzi della sua conservazione (*Arist. eth Nicom.* IV, 1: sul concetto della prodigalità). Immediatamente dopo al proprietario la famiglia è quella che ha il primo interesse sui beni, i quali vengono acquistati nella famiglia e per la famiglia.

§ 148. Il dritto di famiglia si è presentato fin qui come emanazione del matrimonio. Or dovendo il dritto nelle sue condizioni reali intendere alla conservazione dell'etica, ei si domanda, come ha esso a regolarsi rispetto ai figli illegittimi (nati fuori del matrimonio), in cui l' effetto di un rapporto riprovato s' incontra coi diritti personali alla vita. Ei non v' è alcuna contraddizione che la legge proibisca la comunanza sessuale estramatrimoniale, e nondimeno protegga contro la madre il frutto di essa, i figli nati fuori il matrimonio, ancorchè incestuosi. In ciò si rivela il pensiero interno etico, il quale vede nel fanciullo, nell'embrione umano, l'uomo futuro, la persona che diviene, e quindi castiga il degeneramento del sentimento materno, come selvatichezza inumana. È necessario di rendere inalienabile il sentimento materno, anche dove abbia a costare dolori e vergogna.

Poichè il dritto, secondo il principio del matrimonio, non riconosce i figli nati fuori matrimonio, ne nasce giustamente

Digitized by Google

la conseguenza di escluderli dai benefizi del dritto, come ad esempio dal dritto ereditario (perchè ciò altrimenti includerebbe un riconoscimento), e di determinare con ponderazione ed acume la differenza fra figli legittimi ed illegittimi. Nondimeno ei bisogna tentare di porre su di una via morale ciò che è immorale, e di ristabilire la moralità ad ogni costo. Nella comunanza sessuale estramatrimoniale il susseguente matrimonio è una riparazione dell'ingiustizia, poichè l'offeso principio del matrimonio viene riconosciuto, la fede matrimoniale pregiata, tolta l'opposizione dei genitori colla legge etica della vita sui figli, e garentito il benefizio della educazione nella famiglia. Il dritto consegue questa conciliazione coll'etica mercè la Legittimazione, ponendo i figli nati fuori matrimonio nel dritto dei figli legittimi, quando segua il matrimonio colla madre (Mantelkinder, 1) *legitimatio per subsequens matrimonium*).

Ann. Il dritto romano ha ammesso la legittimazione, che vien compresa da un sol lato, puramente come acquisto dell'autorità paterna, solo pei figli del concubinato permesso, e non per quelli nati da una unione sessuale illegittima. Secondo l'antico dritto tedesco i figli nati fuori matrimonio sono e rimangono fuori della famiglia, e quindi non ereditano. I corpi di arte gli escludevano dai corpi, finchè il decreto imperiale dell' anno 1731 ne ordinò l' ammissione con dubbio effetto etico. Se la differenza legale fra figli legittimi ed illegittimi è tolta, al che contribuisce la facoltà della legittimazione ; è da temere, che sotto un tale aspetto il matrimonio venga a perdere in santità. Quindi importa che rimanga una espiazione, ma che questa colpisca il padre e non i figli. Se la madre è morta, o si è maritata ad un altro, sicchè il susseguente matrimonio non è più posibile ; allora può ancor rimanere aperta la via al padre, nel caso ch' egli non avesse già procreati altri figli in matrimonio con altra donna, di cancellare la macchia impressa sui figli e il pregiudizio d' una nascita illegittima. Se intanto vi sono figli di altro matrimonio, la legittimazione di figli illegittimi produrrebbe discordia nella famiglia, e il dritto non dovrà concederla, se non come eccezione scusabile per speciali circostanze (§ 83). In questo

1) Giacobbe Grimm., *deutsche Rechtsalterthümer*. 1828, pag. 160 e seg.

Digitized by Google

caso analogamente alle altre legittimazioni converrebbe che essa fosse attribuzione del sovrano: *legitimatio per rescriptum principis.*

In generale è una domanda difficile, come debba il dritto regolarsi cogli effetti di azioni illecite. Quei figli che sono nati da un matrimonio cui mancava il consenso dei genitori, non stanno certamente sull' istessa linea dei figli nati fuori matrimonio. Poichè la legge esige il consenso, insegnano i giureconsulti romani, che si ha da tenere per *illegittimi* i figli, e da considerarli come se nati fuori matrimonio, quando questo consenso mancasse. *Vinnius ad instit.* I, 10, 12. Questa severa conseguenza, richiesta per affermare nel suo dritto il consenso dei genitori al matrimonio, è esorbitante; e converrebbe meglio di trovare una espiazione, che colpisse gli sposi e non i loro figli.

§ 149. Se i diritti dei figli nella famiglia sono effetto del legittimo matrimonio, si domanda allora quale protezione il dritto accorda ai figli illegittimi; ossia se il figlio illegittimo debba essere sostentato ed educato. Il padre, e se non lo possono il padre e la madre, il comune deve interessarsi in modo del fanciullo, da trovarsi nello stato, ancorchè nei limiti del puro bisognevole, di provvedere ai suoi bisogni. Già in questo riflesso il fanciullo e il comune possono pretendere che il padre riconosca il figlio illegittimo. Negli ultimi tempi il principio *la recherche de la paternité soit interdite* ha resa impossibile l' azione di mantenimento del figlio, e ha privato di padre il figlio nato fuori matrimonio, quando il padre non si desse a conoscere volontariamente. Senza dubbio è più facile e più sicuro di ricercare la madre, quantunque sgomenti l' affanno, in cui una tale legge la spinga. Ma tuttavia non è punto giusto di privare il figlio illegittimo di ogni umano sostegno e di renderlo un sacrifizio perenne della sua origine. Ei non è punto giusto che la legge diventi il privilegio del seduttore, e del forte (maschio). La legge penale deve colpire severamente il padre di figli illegittimi, sia egli un uomo dappoco che ragguardevole, e con maggior severità della madre. Il principio opposto dovrebbe essere applicato, sol quando si tratta di donne da partito e non di fanciulle cadute in fallo. La legge ha quin-

Digitized by Google

di a segnare i confini, entro cui l'azione possa rivolgersi contro il padre.

Gli ospizi, i quali scemano ai genitori illegittimi e specialmente alle madri la cura e la vergogna, e gli esonerano dal sostentare i figli naturali, come tali, sono una malintesa filantropia, e in realtà un eccitamento al vizio.

Ann. Code Napol. Art. 340: *La recherche de la paternité est interdite.* Chi nel giudizio di questa legge sia stato lo scovritore della pubblica distinzione fra femmine da partito e fanciulle cadute in fallo, non posso io asserire. Nelle assemblee legislative essa è fatta da molto tempo, come per es. nell' eccellente discorso di Teodoro Brüggemann alla Camera dei Signori avanti la pubblicazione della legge prussiana del 24 Aprile 1854. Io non contraddico ad alcuno, che vuole ascriverla a sè o ad altro; ma l' intera pregevole congettura di un anonimo (*Götting. gelehrte Anzeigen* 1863, pag. 1728) si confuta da sè per chiunque legga il presente libro.

Digitized by Google

C. *Lo Stato.*

§ 150. La parola Stato si prende sotto vari significati: essa sta a dinotare ora un ordine speciale in opposizione di altri, come ad es. quando si dice: lo stato e la famiglia, lo stato e la religione, lo stato e la scienza, lo stato e il commercio, ec.; ora un tutto che abbraccia gli ordini speciali, come ad es. quando si dice: lo stato senza famiglia, senza chiesa, senza scienza, senza commercio non è stato. Il primo significato, che sta come un contrapposto, ha una natura tutta concettuale; giacchè le sfere speciali (come religione, scienza, commercio), le quali nascono e si formano per propri principî, trascendono la forma dello stato, e si continuano anche in altri stati. Nel primo significato si riguarda nello stato soltanto quel precetto generale, che o promuove o limita la tendenza espansiva del particolare indirizzo in prò di un popolo nella sua totalità; e lo stato non sta a dinotare che l' impiegato ed il governo. Nel secondo significato gli ordini speciali divengono membri di un tutto, ed hanno una vita condizionata alla conservazione generale del tutto. In questo caso lo stato non è una cosa fuori del particolare o con esso solo in una relazione esterna. Noi comprendiamo quindi lo stato nel secondo significato; come il tutto che si dirama nelle sfere speciali, e si distingue per la suprema legislazione all' interno e per la sua indipendenza all' estero, difendendo colla forza il suo diritto.

Poichè sembra che lo stato non si manifesti esteriormente, che mercè la legge e la forza armata; poichè esso non produce con ciò le sfere speciali, non fa nascere ad esempio il commercio o le arti, la chiesa o le scienze; ma approfitta di tutte e le indirizza a un tutto non direttamente conforme alla loro propria vita: ne avviene che per l'osservazione di coloro, che, incapaci di un concepimento universale, e che sono la grande maggioranza, guardano soltanto alle sfere speciali ed ai particolari interessi, e non gettano uno sguardo sull' universalità

Digitized by Google

che dal loro limitatissimo punto di vista, ne avviene, diciamo, che soltanto il primo significato della parola stato è per loro accessibile. Chi però antepone il tutto alla parte, e comprende che anche quegli indirizzi speciali non possono attecchire e prosperare che sotto la protezione e nel grembo del tutto, in maniera che, il tutto cooperi direttamente alle attività speciali delle parti; chi finalmente scorge nella storia che gli stati raggiungono il loro compito e il loro destino essenzialmente mercè le sfere speciali; quei darà certamente al secondo significato della parola stato, che riguarda lo stato come personale e organizzato, un valore filosofico di fronte al primo significato, nel quale lo stato è designato come una sfera speciale, di cui non si sa neppur determinare il limite.

§ 151. Alla Formazione dello stato vi concorre un doppio elemento; uno fisico, le famiglie, che sono le radici da cui nascono e si sviluppano le nazioni, ed uno morale, l'impulso all' autarchia, il quale impiega quell' elemento individuale a rappresentare l' uomo universale (§ 35 e seg.). Questi due indirizzi sono connessi, come in tutto ciò che è organico il fatto col pensiero, il reale coll'ideale. Il popolo è la materia dello stato, e questo il compimento consciente del popolo. Però amendue gl'indirizzi, verso il popolo e verso lo stato, sebbene in un'attitudine diversa ed opposta di tendenze, non si esauriscono l'un nell'altro. Nella storia non di rado l'impulso degli avvenimenti è cotesta opposizione, volendo il popolo, che sulle sue tribù si sente uno, diventare uno stato, e lo stato, il quale abbraccia parecchi popoli colla sua legge, formare di essi un popolo solo. L' attività costitutrice degli stati è per sua natura universale; laddove l' attività nazionale, la quale vuol vivere nel proprio paese colla propria lingua e coi suoi prodotti, è individuale. Quindi l'una ha bisogno dell'altra. Dove il popolo rinunziasse al suo indirizzo verso lo stato, esso discenderebbe al grado di orda, la quale non segue che il cieco impulso delle sue passioni. Dove per lo contrario l' indirizzo costitutivo dello stato viene a contrasto coll'indirizzo nazionale, esso manca del forte legame dell' unità, la quale è pur la sua essenza. Perciocchè quando in uno stato gl' idiomi e i costumi delle vari regioni non sono gli

Digitized by Google

istessi, manca coll' interno intendimento anche il reciproco amore.

Stato e popolo si completano avicenda. Quando lo stato, per esempio lo stato conquistatore, vuole aggregare a sè popoli diversi di linguaggio e di costume, di religione e di coltura, esso assume il compito difficile, se non impossibile, di ridurre ad unità popoli diversi e opposti, e di cambiare il loro legame in una vera fusione; e però può benissimo accadere che lo stato si logori e consumi in questo vano tentativo. Il rapporto è ben diverso,quando il suo compito fosse di aggregare a sè la parte di un popolo già in dissoluzione. In tal caso può riuscire mediante giuste leggi e conseguente sapienza ad amalgamare in sè a poco a poco l' elemento straniero, e a soddisfarlo nell' elemento nuovo. Dove alla nazionalità più non corrisponda il semplice e indigeno vigore del popolo; dove essa non sia che l' eco di una storia precedente, ma il popolo è già corrotto, come ad esempio nelle storie antiche erano i Greci ai tempi dei romani nel secondo secolo avanti Cristo: ivi essa potrà ancora commuovere gli animi come un bene perduto, ed eccitare una sollevazione, ovvero dal conquistare, che sappia lusingarla, essere abusata per iscopi politici; ma non potrà giammai essere un principio produttivo.

L' impulso all' autarchia, che anima un popolo, non è un semplice impulso degli individui per soddisfarsi reciprocamente in ciò che hanno di bisogno; ma un impulso, mercè cui l'unione degl' individui è animata dal tutto organizzatore, per cui soltanto questa unione dei molti ha il pieno significato di un completamento (§ 36). Il popolo, come tutto, tende al suo soddisfacimento col dominare la natura, col produrre gli alimenti e le industrie, e collo studiarsi di trarre quanto gli è necessario dall' estero, non facendosi altrui dipendente, ma dando ad altri del suo proporzionatamente a quanto riceve. La libertà spirituale dell' organismo etico (§ 36. § 40.) sta in tale completamento; e ciascuno stato è un tentativo di realizzazione dell' uomo ideale. L' idea dello Stato si è: la realizzazione dell' uomo universale nella forma individuale del popolo; quindi Soddisfazione di sè medesimo e Indipendenza.

Digitized by Google

Ciò che spinge l'uomo al completamento è il bisogno che nasce dalla sua individuale impotenza. Tale completamento però non ha luogo che mercè il possente e rassicurante Tutto, pel quale la proprietà, il contratto e la famiglia ottengono un significato generale e stabile oltre la conservazione fisica e momentanea, e divengono conformi alla natura dell'uomo pensante e volente. Onde il tutto sta prima delle parti, ed è da queste presupposto (§§ 93, 104, 124).

Al completamento spinge dapprima l'immediato bisogno fisico; ma nell'irrazionale e materiale si prepara l'organo della ragione. Il tutto spinge già nel primo impulso, e il completamento non è compiuto, finchè tutte le facoltà dell'uomo non sieno l'una con l'altra e l'una per l'altra sviluppate. Ciò che si manifesta temporaneamente nel completamento delle forze, già si trova potenzialmente nel concetto dell'uomo. Così lo stato si realizza mercè il perfezionamento degli individui, ed ha la sua misura ideale nella natura dell'uomo, ch'esso è chiamato a realizzare sotto tutti gli aspetti.

Ciò che nell'attività umana dell'individuo non è che una incalcolabile frazione, se non pure una frazione di frazione, diviene nella società mercè lo stato un tutto stabile e multilatere. Chi voglia formarsi un concetto dello stato, paragonandolo nei suoi tratti peculiari all'idea di un uomo in grande, riguardi in esso il governo come l'intelligenza che guida l'uomo individuo, i vari rami delle scienze come le varie cognizioni nell'individuo, le arti sviluppate dello stato come nell'individuo le singole capacità, gli ordinamenti militari come nell'individuo la forza difensiva per la propria sicurezza e le varie industrie come nell'individuo il necessario soddisfacimento dei bisogni fisici. Ciò che l'uomo individuo è in potenza, ciò che si trova in esso come germe, nello stato è sviluppo e realtà. Commisurato all'idea del ricco contenuto, l'individuo non è che l'uomo potenziale; soltanto lo stato è nella storia del popolo l'uomo attuale.

Questa destinazione universale dello stato è l'anima del popolo individuale; e ciascun popolo vi contribuisce alla sua guisa, come suo compito etico. Ogni popolo prepara gli organi

Digitized by Google

allo stato nelle proprie forze intellettuali e materiali. Esso trae dal suolo del suo paese i vari prodotti a fine di trasformare per parte sua la terra in un organo dell' umana intelligenza, in una condizione dell' umana vita; lavora sul materiale onde farne strumenti di scopi intellettuali; esso studia, pensa, inventa e lavora sempre per questo scopo, e dà alla natura una destinazione umana. Si giova inoltre della posizione e qualità del suolo che gli toccò in sorte per farne baluardo di sua indipendenza, e si abitua a vivere e lavorare uniformemente alla natura del suo paese.

Per tal modo la volontà dello stato ha il suo corpo nel popolo e nel paese; e la grandezza esterna dello stato, relativa alle condizioni storiche, ha la sua vera misura nella potenza del suo spirito, di compenetrare la moltiplicità nell' unità e di mantenersi libero nella sua azione, ma non nella estensione del paese o nel numero della popolazione.

Lo stato è l'uomo in grande soltanto, in quanto ha una storia, la quale ritrae la fisonomia peculiare del popolo. Nella sua storia lo stato manifesta il vigore della sua vita e la sempre crescente sua forza; in ciò esso prosegue l' opera assunta dall' intelligenza obbiettiva, la quale non muore cogl'individui; in ciò il popolo (quando ad esempio raccoglie i suoi ricordi intorno ai suoi eroi, ai suoi inventori) in ciò ha la sua etica peculiare, la quale si manifesta per fino nel linguaggio.

In tal guisa lo stato dev' essere un tutto con nazionalità e storia propria, consciendente e indipendente, il quale deve realizzare il concetto umano sotto tutti i lati; in esso i membri divengono consci di sè e del tutto, e sono liberi nell' intelligenza del tutto. La sua forza è l'intelligenza attuantesi come volontà.

Lo stato, in cui l' individuo vive, è l' ordine etico durevole, senza cui l' uomo non è uomo. Per tale necessità lo stato domina superiore al capriccio dell' individuo, che esso educa al suo potere e alla sua intelligenza. Chi offende lo stato, offende la condizione di ogni moralità; e perciò cotale delitto è riguardato come dei più gravi.

L' uomo individuale diviene persona soltanto nello stato; e lo stato deve raggiungere la medesima elevatezza di divenire

Digitized by Google

persona, non solamente giuridica (come un' associazione con scopi speciali, la quale diventa tale (§ 111.) mercè lo stato), ma benanche persona etica mercè il popolo, il quale, unificato per esso, da esso riceve intelligenza e volontà. Quello stato sarà migliore, il quale, persona esso stesso nel senso etico, lascia, per quanto sta in lui, diventare persone gl'individui in lui compresi (§ 40 § 86). Questo compito diverrà impossibile, dove gl'individui, quasi atomi repellenti, non possano essere tenuti che a forza e mercè la paura nello schematismo dell' ordine; esso riuscirà soltanto, dove il benessere e la vita individuale sia intrecciata nel senso etico col benessere del tutto. L' etica dello stato consiste in ciò, che la forza del tutto sia sempre disposta a pro' dei membri, e la forza dei membri a prò del tutto; sicchè l' una e l' altra si spogli del proprio egoismo.

Ann. Se nell' espressione « lo stato è un uomo in grande » espressione che è qualcosa di più di una semplice analogia, si volesse vedere un circolo vizioso, perchè l' uomo non è uomo che nello stato, e soltanto nello stato si ha il concetto dell'uomo; ei si verrebbe a scambiare il principio ideale col reale. Vero è che l' uomo si manifesta soltanto nello stato; ma l'uomo per sè stesso porta in sè col germe anche l' idea dell' uomo.

Non si potrebbe definire lo stato più semplicemente e pure nel modo più completo, che designandolo come un uomo in grande basato sulla forza. Allorquando importa osservare nella loro origine i moltiplici indirizzi dello stato, e giudicarli nella loro unità; rimarrà pur sempre stregua e tipo di esso l' uomo conscio del proprio scopo, padrone dei propri sensi, signore dei suoi istinti, forte nell' azione, concorde in sè stesso e pago nelle proprie attività.

Lo stato, come già lo dice il suo nome, è un concetto più artificiale di quello di popolo; perchè questo si costituisce naturalmente, laddove quello include il lavorio dell' intelligente spirito umano. Lo stato completa il popolo; e questo rapporto è simile a quello della famiglia. L'elemento naturale forma la base dello spirituale, e ciò che nella natura si trova come condizione dello spirito, questo coglie e plasma per adargiarvisi. Nei legami che stringono il popolo allo stato e lo stato al popolo, in modo che la loro unità or si chiama popolo ed ora stato (l' uno e l' altro in senso più elevato), si

Digitized by Google

scorge la elevazione dell' elemento naturale allo spirituale ; come ad esempio, quando si trovano insieme l' unità di origine, che nella somiglianza dei lineamenti del corpo e del volto parla all' anima, il suolo comune che si riflette nello spirito del popolo, il linguaggio, in cui l' animo e lo spirito trovano la propria eco, indispensabile per intendersi ed accordarsi, la fede comune in cui i cuori si rincontrano nella gioia e nell'affanno, nel pensiero e nella volontà, finalmente il comune diritto, che tacitamente oprando, perviene ad un solo concetto etico. Fra i primi dei su nominati rapporti, che per naturale virtù hanno una forza sul sentimento degli uomini, e gli ultimi, che pel loro accennato contenuto signoreggiano anche la ragione, sta in mezzo il linguaggio, il quale servendo egualmente al sentimento e alla volontà, all'affetto e al giudizio, inspira più intimamente al popolo l'unione spirituale e vince al paragone ogni altro legame.

Il concetto di popolo e il concetto di origine non sono gl'identici a priori. Il popolo può formarsi in unità dagli elementi di varie stipiti, come ad esempio fu nell'antica Roma e nell' Inghilterra. Il processo di assimilazione è dipendente da molteplici condizioni, come da superiorità di forza, da comunanza di leggi, di guarentigie, di paese, da vicendevole attrattiva d' interessi materiali e da personale inclinazione, che nasce da tali rapporti. Sol quando la lingua diventa comune, cosa che per solito non accade se non per l' influenza di una superiorità intellettuale, coloro che parlano una stessa lingua, cominciano a sentirsi un sol popolo. Se nello stato noi vediamo predominare imperiosa la forza di coesione; nel popolo all' incontro vediamo i singoli, come spinti fuor di sè stessi, cercarsi e travarsi a vicenda, tutti nella tendenza di formare l' unità. Nello stato si sente la necessità del tutto, nel popolo la libertà degl' individui. L' uno e l' altro però non si completano che uniti.

Secondo quanto si è esposto lo stato, (che emana certamente dal bisogno indispensabile degl' individui impotenti per sè soli a completarsi in una vita umana, che trae dal tipo umano il suo grande contenuto, e per attuarlo lavora sulla forma individuale del popolo individuale) lo stato, diciamo, è un prodotto necessario della storia, il quale ha per compito di unire la forza al bene, e di fondare in questa unità la libertà umana.

Digitized by Google

Lo stato è un prodotto storico necessario, e non una Invenzione 1).

Lo dichiarò una invenzione fra gli altri Augusto Ludovico Schlözer (*allgemeines Staatsrecht* 1793. pag. 3 pag. 157) « Questa invenzione fu fatta dagli uomini allo stesso modo dell' assicurazione dagli incendi ecc. » « Lo stato è una macchina, ma assai artificiale e molto complicata ». Se si pondera alla differenza specifica del concetto generale, come lo definisce Schlözer, ciòè alla specialità dell' invenzione e della macchina che devono formare lo stato; i caratteri distintivi distruggono la specie ottenuta per analogia. Il concetto di macchina viene distrutto, quando la macchina dello stato si distingue da tutte le altre, in quanto che questa non può agire da sè, ma viene sempre spinta da uomini, esseri dotati di passione, i quali non possono essere impiegati macchinalmente. Una tale macchina non è più macchina. Il concetto di invenzione sì incerto, quando l' invenzione dello stato viene designata come antichissima, universale e facilissima; è distrutto, quando in seguito lo stato è chiamato « un bisogno indispensabile dell' umanità, che dev' essere stato nel piano del creatore, supposto che questi voglia il maggior possibile perfezionamento delle sue creature umane ». Lo stato, come il linguaggio, non è una invenzione. In generale lo stato risente del capriccio umano, quanto ne risente il linguaggio istesso; perciocchè questo è l' esempio più nobile di un fatto, in cui l' intelligenza è talmente insita, che se volessimo formarlo noi stessi, ci costringerebbe dapprima alla sua intelligenza; esso è l' esempio di un tutto che sta prima e sarà dopo di noi, e che noi non facciamo, ma ci appropriamo; di un tutto in cui ci naturalizziamo, appunto come nello stato.

Dall' idea che abbiamo esposta ne segue ancora che lo stato non è un' Assicurazione, a cui i sudditi prestano una obbedienza incondizionata, onde averne in cambio una sicurtà in tutti i loro movimenti.

Ad un tale concetto mena la teoria dello stato secondo Hobbes (§ 10), se la si giudica dai motivi; perciocchè gli appetiti sono ammessi fin da principio come di diritto, e le idee di etica e di diritto, non hanno altro motivo più profondo, che quello di far ces-

---

1) Risc. F. C. Dahlmann *die Politik auf den Grund und das Mass des gegebenen Zustände zurückgeführt.* 1835, pag. 1 e seg.

Digitized by Google

sare la guerra di tutti contro tutti e lo stato di eterna paura, e di rendere possibile la pace e la difesa comune. Hobbes non eleva lo stato oltre ad un istituto di assicurazione. Ei non può essere indifferente a indagare che cosa meriti il valore di assicurazione in questo meccanico apparato; perchè ciò conduce ad un contenuto etico e spirituale più profondo, che non sia quello provveniente dal cieco impulso della propria conservazione, dall' invasione degli appetiti, o della considerazione che la gratitudine, la compassione, l' equità sono virtù, solamente perchè menano alla pace e perchè senza di esse nascerebbe la guerra di tutti contro tutti (Hobbes *de cive* cap. III. § 31). In seguito Hobbes considera lo stato come una persona la cui volontà è autorità suprema; ma questa considerazione va al di là dei suoi principi meccanici, e può avere soltanto allora un intrinseco valore, quando la volontà non sia determinata semplicemente dalla forza che riceve dagli uomini, ma dall'idea della natura intrinseca degli uomini stessi.

Così pure secondo il suddetto concetto lo stato non è il problema di un Contratto Sociale, di un'associazione; la cui soluzione sta in ciò, che la società difenda con tutta la sua forza comune la persona e gli averi di ciascun consociato, e che ogni individuo, sebbene collegato a tutti, pur non obbedisca che a sè stesso, e rimanga perfettamente libero come prima (Rouseau, *contrat social* cap. 6). Questo problema, in cui si pretende il massimo delle prestazioni comuni in pro' dell' individuo contro il minimo delle prestazioni individuali in pro' del tutto, non è che un problema dell' egoismo e dell' arbitrio.

Finalmente secondo l' esposta nozione lo stato non è esclusivamente nè uno Stato di diritto, nè uno Stato di polizia.

Queste due idee vengono talvolta opposte l' un l' altra per modo, che lo Stato non possa essere che o uno stato di diritto o uno stato di polizia; laddove designano lati di una medesima cosa. Il nome di stato di polizia (πολιτεία) potrebbe avere il grande significato di tutela e difesa dei cittadini, secondo il significato che alla parola polizia annette la scienza politica; ma allora non designerebbe che una sola funzione dello stato. Per lo più esso viene adoperata, soltanto come un nome avvilitivo di partito nel senso più ristretto dell' amministrazione preventiva e tutrice, per esprimere ciò che nell' indirizzo fondamentale dello stato vi ha di piccolo e basso in luogo di ciò che vi ha di più elevato e grande. In questo senso lo stato di polizia non trova posto nella teoria.

Digitized by Google

Di maggiore importanza è il considerare la pretesa, che lo stato non abbia ad essere altro che lo stato di diritto. Kant definì lo stato come l'associazione di una quantità di uomini sotto le leggi del diritto (Kant, *metaphysische Anfansgründe des Rechts* § 45). Ora poichè egli aveva riposto il diritto (v. sopra § 13) sulla necessità, che l'arbitrio dell'uno potesse coesistere coll'arbitrio dell'altro secondo le leggi universali: così nella sua teoria le leggi del diritto non hanno altro contenuto che quello che si può trarre da questo rapporto formale dei singoli, per es. il diritto della proprietà, il diritto dei contratti, ecc. Lo stato diviene una pubblica istituzione di diritto per la sicurezza e libertà personale, quindi pei diritti e per la proprietà; poichè la considerazione posta a fondamento della nozione del diritto parte dagli individui collegati nello stato. L'idea dello stato di diritto è progredita da questo lato, giacchè in luogo del concetto formale del diritto di Kant fu posto un contenuto più concreto. Così nell'importante ed autorevole « Staatslexikon » (pubblicato da Carlo de Rottek e Carlo Welcker; nuova edizione 1845; risc. Welcker sotto la parola *Polizei* X. pag. 693) l'idea intrinseca dello stato di diritto viene designata come lo sviluppo più possibilmente armonico di tutte le forze umane in ciascun' individuo. Il singolo individuo rimane « egoisticamente segregato e indipendente » « Esso vuole trovare il proprio soddisfacimento, vuole compiersi secondo i propri mezzi e le proprie inclinazioni; nè per verun modo riguarda come proprio compito il risolversi nel tutto e la più completa rappresentazione della comunità ». « La vita sociale esiste soltanto a pro' degli scopi individuali e non viceversa; niuno pertanto può essere offerto e sacrificato come mezzo e vittima all' idea del tutto ». Pensieri, come quest'ultimo sono stati sviluppati precipuamente nella filosofia inglese dopo Bacone, e nominatamente da Bentham. Macaulay non trova nella dottrina greca e nell' interpetrazione di essa per Macchiavelli « il grande principio che le società e le leggi esistano soltanto per ampliare la somma della felicità individuale » (*Critical and istorical esays*, Lipsia 1850. I pag. 100 nella monografia su Macchiavelli). In tale indirizzo si muovono le idee in corso e poco determinate dello stato di diritto; queste traggono lo stato verso gli individui, acciocchè serva unicamente alla loro libertà, al loro sviluppo e alla loro felicità; il diritto deve a ciò intendere, e frapporsi soltanto dove l' arbitrio dell' uno minaccia l' arbitrio dell' altro. In un tale stato di diritto il diritto stesso è compreso in un senso basso e

Digitized by Google

vuoto, perchè separato dal principio etico; e se il diritto, anzichè essere destinato ad equilibrare l'arbitrio dell' uno coll' arbitrio dell' altro, fosse riconosciuto nella sua propria potenza etica (§ 45 e 46), in questo rapporto il concetto di stato di diritto diverrebbe più elevato. La vera origine del diritto non può adattarsi alla posizione egoistica degl' individui in tale stato di diritto, perciocchè esso deriva, come spesso abbiamo dimostrato, tanto dall' indirizzo verso il tutto, che da quello verso l' individuo. Nello stato di diritto però degl' individui egoistici non può comprendersi nè eroismo, nè patrio amore, nè abnegazione. In uno stato di diritto, che ha per iscopo soltanto l'assicurazione della vita e della proprietà individuale, il diritto di guerra, che pone in pericolo e l' una e l' altra, diviene naturalmente una ingiustizia. Non avendo il tutto un centro proprio, lo stato come tale non ha una propria ragione e la storica personalità sua, che abbraccia tutti e che da secoli procede nel suo cammino, minaccia rovinare.

Al diritto, diretto ai liberi individui, sta di rincontro il benessere del tutto necessario; e se la polizia è presa nel significato più lato, cioè come diretta al benessere del tutto e degl' individui nel tutto; lo stato di diritto e lo stato di polizia, presi insieme come due lati dell' identico stato, costituiscono soltanto uniti il vero concetto di esso.

Così nell' esposta nozione dello stato si ha una stregua di ciò che esso non è, quando si volessero far passare per sua natura idee false o monche.

Per l' istoria dell' esposta nozione dello stato noteremo quanto segue.

Platone pel primo concepì e sviluppò il pensiero, che lo stato stesse alle tendenze dei cittadini nel rapporto medesimo, che un uomo sta ai vari appetiti e alle varie tendenze di sè medesimo. Quindi il suo stato è l' uomo costituito mercè i cittadini ad un grande organismo di vita, e gli ordini dello stato sono le varie parti dell' animo divenuti organi di vita. Le parti dell'anima e gli ordini dello stato si completano nelle stesse virtù, la ragione e i governanti nella sapienza, il coraggio e i guerrieri nel valore, gli appetiti e i commercianti nella temperanza, e tutti mercè il tutto nella giustizia. Il carattere delle costituzioni è come il carattere di un uomo; e amendue troviamo per necessità psicologica compresi in reciprocanza di azione, quando separandosi dal bene sostanziale, le

Digitized by Google

passioni e il coraggio egoisticamente si sottraggono al dominio della ragione, e i commercianti e i guerrieri all' obbedienza dei governanti. La psicologia di Platone colle tre parti distinte dell'anima e la politica con le tre classi non eguali dei cittadini sono dure e unilaterali, e le sue analogie hanno menato a falsi rapporti. Ma il pensiero fondamentale e costante, che lo stato sia un uomo in grande, è suo; e ad onta delle stravaganze della comunanza delle donne e dei beni, derivate dal pensiero di rendere impossibile l' egoismo, Platone precede tutti nella considerazione etica della politica. Confr. oltre la Politica di Platone anche le leggi V, p. 739 c. ed VIII, p. 829 a., dov'egli con laconica brevità dice: δεῖ δὲ νὺ:ἠν (τὴγ πόλιγ), καδάπερ ἕνα ἄνδρωπον ζῆν εὖ.

Aristotile avverso alle analogie, abbandonò, è vero, l'uomo in grande; ma gli uomini per sè e gli uomini nella società hanno nondimeno per lui il medesimo scopo; onde il migliore uomo e la migliore costruzione hanno nella nozione la medesima definizione (*Eth. Nicom.* I, 1, p. 1094 6 7. *polit.* VII, 15. p. 1334 a 11 e seg. risc. VII. 2. p. 1225 a 5 e seg.). Ad imitazione di Platone egli riguarda l' istinto all'autarchia come impulso alla costituzione dello stato, il quale ha il suo movente nella necessità, ma il suo scopo nel perfezionamento della vita. Lo stato ha origine per la vita, ma è durevole soltanto per la vita perfetta. Questo completamento per l'autarchia è insito alla natura dell'uomo. Perciocchè, dice Aristotile, chi basta a sè stesso e di nulla ha bisogno, non può esser membro di una società, parte d'uno stato; egli è un bruto o un dio. Come nel suo perfezionamento l'uomo è la migliore delle creature, così egli è, se privo di legge e di diritto, il peggiore di tutti, infame e selvaggio, immerso nella lussuria e nella voracità. In essenza lo stato è la prima cosa per l' uomo destinato allo stato (il ζῷον πολιτικόν). Il tutto è prima delle parti, e tolto il tutto, queste non rimangono che puri nomi. Per Aristotile adunque il vero impulso al compimento e all' autarchia è il perfezionamento etico, lo scopo interno che dirige il movimento ed organizza il tutto nello sviluppo (Conf. Aristotile *polit.* I, 2. pag. 1253 a 18 seg. III, 9. pag. 1280 a 25). Lo stato è quindi più che non dicano le comuni definizioni: esso non è una comunanza solo per la vita (pag. 1280 a 30), non una semplice comunanza legale (b 13), non una lega offensiva e difensiva per la sicurezza e contro l'ingiustizia (a 34), non un'associazione patrimoniale di lucro (a 28), non una reciproca garanzia del diritto nei rapporti del commercio (6 10). Queste singole determina-

Digitized by Google

zioni si trovano bensì nello stato, ma non formano ancora lo stato; esse possono trovarvisi anche tutte, e pure non sono ancora lo stato. A vero dire lo stato è la comunanza piena della vita, tanto per le famiglie che per le schiatte, nello scopo di una vita perfetta e sufficiente a se stessa (pag. 1280 633); ond' è ch' esso, andand' oltre ancora i confini del diritto, è diretto alla virtù, e deve avere la forza di rendere i cittadini buoni e giusti (12 80 6 5). Così cerca Aristotile il concetto comprensivo dello stato, che racchiude in sè le idee unilaterali, e lo definisce eticamente, poichè lo stato comprende in sè famiglie, comuni e schiatte allo scopo di completarsi eticamente. In questa nozione racchiudesi tutto ciò che nelle altre vi ha di vero. Il difetto di Aristotile sta nel numero limitato di coloro che gli ammette a godere di questa eudemonia etica che sta a base dello stato. Contadini, artigiani e schiavi ne sono esclusi espressamente, ed altro non sono che il necessario sostrato di coloro, che formano lo stato e ne rappresentano l' eudemonia (polit. III, 9 pag. 1280 a 31. VII. 9. 1328. 6 24). Il compito etico che Aristotile assegna allo stato aumenterebbe, quando si comprendessero in esso e nel suo scopo tutti gli abitanti del paese.

Quando filosofi, come Spinoza e Hobbes, ai quali ripugna l'elemento ideale ed organico, son tratti a riconoscere nello stato un uomo in grande; ciò conferma la verità della nostra teoria.

Così dice Spinoza: *eth.* IV, *prop.* 18 *schol: Ex his (quae nobis utilia) nulla praestantiora excogitari possunt, quam ea, quae cum nostra natura prorsus conveniunt. Si enim duo ex. gr. eiusdem prorsus naturae individua invicem iunguntur, individuum componunt singulo duplo potentius. Homini igitur nihil homine utilius, nihil, inquam, homines praestantius ad suum esse conservandum optare possunt, quam quod omnes in omnibus ita conveniant, ut omnium mentes et corpora unam quasi mentem unumque corpus componant et omnes simul, quantum possunt, suum esse conservare conentur, omnesque simul omnium commune utile sibi quaerant.*

Hobbes, che atomista e materialista per principio, rappresenta nel *Leviathan* (1651) lo stato come un essere vivente, parla della nascita dello stato come del « dio mortale al quale dobbiamo dopo Dio immortale ogni pace ed aiuto », e descrive la propria conservazione, la salute e la malattia di questo Leviathan.

Un' idea affine a quella di Platone è quella di *Schiller*, il quale nelle sue lettere sulla educazione estetica (1795 lett. IV) dice:

Digitized by Google

« l'uomo puro, il quale dà a conoscersi più o meno chiaramente in ogni cosa, viene rappresentato dallo stato » forma obbiettiva e quasi canonica, in cui la varietà dei subbietti tenta unificarsi.

Da un altro lato l' idea di *Herbart* può essere somigliata ad una società animata, nella cui unità si sviluppa e si completa l' armonica formazione delle idee pratiche (§ 32). Nelle grandi proporzioni di una associazione essa è ciò che negli individui è la liberta interna; in essa vi è comune obbedienza al comune giudizio, interna libertà di molti i quali sembrano avere un solo animo, di maniera che cessa quella divisione che nasce, dove ciascuno obbedisce soltanto al proprio giudizio e si abbandona alla propria coscienza. Quando gl'individui sono mossi da uno spirito che nessuno per sè può appropriarsi, ma a cui pur niuno si sente estraneo, ei possono riguardarlo come un' anima, la quale vive in loro tutti, nella loro comunità. In questo senso la società animata acquista una coscienza comune; in essa i singoli sistemi per formare una vita comune debbono sostenersi a vicenda: sistema di dritti e sistema di compensi, sistema d'amministrazione e sistema di coltura, basati sulle idee di dritto e di equità, di benevolenza e di perfezione (*praktische Philosophie* 1808 pag. 249 e seg.). Herbart comprende anche lo stato sotto questo aspetto (*analytische Beleuchtung des Naturrechts und der Moral.* 1836. § 172); e poichè la società animata non può veracemente realizzare la sua forma armonica, se non rappresentando le idee pratiche, che formano i tratti fondamentali della volontà etica, così anche lo stato si mostra come uomo etico. Però nell' esposizione di Herbart rimangono sempre dei difetti. In primo luogo essa riposa esclusivamente sopra di un concetto tutto formale dei rapporti armonici; nella qual cosa fu già dimostrato esservi una inversione del rapporto reale delle cose (§ 32). Con ciò la vacuità dell'etica, che non guarda che alle forme, continua nello schema armonico della viva società. In secondo luogo consegue da ciò che la viva società di Herbart è un tipo così generale, che esso può servire di modello anche ad altre associazioni umane, come alla famiglia, al comune, alla corporazione. Finalmente la viva società, se la comprendiamo come stato, non viene designata da Herbart come organica e l organismo; perciocchè il sistema della retribuzione e il sistema del diritto, il sistema amministrativo e il sistema di cultura non sono membri della viva società, ma tutti quattro esistono originariamente l'uno accanto dell'altro: la qual cosa non è in realtà. (Vedi la dissertazione dell'Autore *Herbarts praktische Phi-*

Digitized by Google

losophie und die Ethik der Alten 1856. pag. 12 e seg. pag. 34).

Se si volessero qui designare i singoli momenti dell'esposta dottrina nei rappresentanti, i quali, passando dalla considerazione propriamente filosofica, giunsero a farsi valere nella coscienza scientifica, si dovrebbero ricordare per ciò che riguarda il continuo sviluppo storico essenziale tanto allo stato, cioè all'uomo in grande basato sulla forza, quanto all'individuo, i meriti di Burke (*Reflexions on the Revolution in France* 1790) e della **scuola storica tedesca del diritto.**

Nella filosofia tedesca moderna la filosofia del diritto di Hegel (1821) è stata di grande importanza per la repristinazione di un concetto organico dello stato. Nello stato Hegel vi racchiude un antico concetto della più elevata essenza di esso. « Lo stato è la realtà della libertà concreta, e come realtà è individualità»; questa individualità dello stato viene ovunque compresa nella forza del tutto che si organizza in modo, che le istituzioni non derivano da idee di convenienza o di vantaggio, ma da logica necessità. In tal modo Hegel, contrariamente alle precedenti astrazioni del diritto naturale, cercò nello stato reale l'identità di ragione e di volontà. Questa teoria generale con le considerazioni speciali su di essa conseguì grand' effetto per la verità che vi racchiudeva. Se non che in questo lavoro speculativo bisogna distinguere concezione da fondamento; poichè nella stessa misura che la concezione generale è vera ed importante, n'è costituito e rafforzato altresì il fondamento. Egli è ingenetico, che i fondamenti non sieno tratti propriamente dal principio etico ed organico, ma piuttosto e solamente dalla logica formale; egli è ingenetico, che il principio morale ed etico derivi dialetticamente dal dritto, e non piuttosto il dritto, come forza conservativa di quelli, dal principio morale ed etico; egli è ingenetico, quando, ad esempio, la società civile e perfino l' amministrazione della giustizia e la polizia, le quali ciò che sono, lo sono nello stato, si concepiscono prima dello stato; quando lo stato, il quale nella sua storia positiva è determinato in mille modi dalla Chiesa, e nel senso delle sue leggi dalla religione, viene considerato come puramente politico e precedente a tutte le religioni. Egli è consentaneo al formalismo dei momenti logici e del metodo dialettico astratto, di ammettere e designare come razionale solamente il tipo di una sola costituzione, e, oltre alle monarchie costituzionali, di ritenere tutte le altre forme come irrazionali, quasi che la costituzione non fosse il risultato di molteplici condizioni storiche,

Digitized by Google

e quindi variabile essa pure (risc. le *Logische Untersuchungen* dell'autore nel capitolo sul Metodo dialettico I, pag. 73 e seg.). L'errore di questo libro sta nell'aver voluto sviluppare una costituzione perfetta soltanto logicamente e in sè e per sè. Quella costituzione è adequata, la quale, semprecchè completa, si adatta all'origine dello stato, alla storia del popolo, alla grandezza della nazione, al carattere peculiare dell'etica, al grado di coltura e ai rapporti politici dei vicini. Solamente una costituzione immorale, quella cioè che in luogo del tutto si propone l'egoismo dei governanti, come ad esempio il dispotismo e l'oclocrazia, non può essere una costituzione adequata. Non vi ha costituzione in sè e per sè perfetta; poichè si può chiamare la più perfetta quella, che deriva dal suo pensiero fondamentale nelle funzioni necessarie, organizzate mercè le idee insite e quanto più completamente sviluppate, postochè corrisponda alle condizioni reali dell' attuazione. Il libro di Hegel ha riaffermato nella teoria l'errore politico, che foggia le costituzioni secondo un modello uniforme, e che in luogo di lasciarle sviluppare e progredire, le fa e le attaglia al prosupposto.

§ 152. È processo generale dello sviluppo umano, fisico come psichico, che l' irrazionale preceda in ragion di tempo il razionale, la forza vegetativa la sensitiva, le facoltà inscienti del corpo lo spirito consciente; ma che per lo scopo interno l'insciente si sviluppi in pro' del consciente, la forza cieca in pro' dello spirito, e ciò come fondamento del principio più elevato e quale condizione reale dell' ideale. In questo senso il fondamento stabile e imprescrittibile dello Stato è la forza tuttora cieca, ma pur necessaria; essa è il primo e l'ultimo, senza di cui non può sussistere alcuno stato. Soltanto quando si pone al di sopra degli uomini un' autorità forte e indipendente, la quale si presenta come primitiva e non come una loro emanazione, soltanto allora lo stato è possibile. Senza forza non vi ha rispetto all'estero, nè vigorosità di legge all'interno. Nell'origine degli stati il principio della conservazione di sè medesimo, che compenetra la storia dello stato, riposa ancor sempre sulla forza. Quindi il primo impulso dello stato in formazione è quello

Digitized by Google

della forza, e l' impulso dello stato che si conserva resta pur sempre l'impulso di una forza sufficiente. Quali espressioni primordiali degli stati noi vediamo sempre le espressioni di una forza appropriatrice. Gli stati si formano dalle conquiste dei popoli, come in Grecia, in Germania al principio del Medio-Evo, nelle colonie dalla lotta cogl' indigeni, e persino negli ebrei, che per fondare uno stato teocratico, conquistarono la terra promessa. Per uno stato è assolutamente necessaria una forza, che s'imponga e si mantenga da sè, la quale si manifesta dapprima nel possesso e nella difesa del paese, e quindi si procura un campo non contrastato di proprie attività e i mezzi di soddisfarvi. Laonde le prime invenzioni della umanità sono le invenzioni per la difesa e per l' attacco, specialmente le invenzioni di armi, su cui oggidì ancora gli stati vegliano gelosamente. Nel pericolo della lotta si ridesta il vigore; e ciò nei primordi della storia avviene per la lotta contro gli animali feroci. Onde quei popoli che non conobbero un tal genere di lotta, perchè lor mancarono animali feroci, rimasero nello stato di crassa stupidità; come ne sono esempio gli abitanti delle isole dell'oceano Antartico. La forza, che prende vigore dal rischio in cui si pone la propria vita, non è quella che piega e opprime l'uomo, ma che è da questo governata e retta. In questa lotta per la forza gli uomini sentono la necessità di unirsi, e nella vittoria sentono il successo della loro unione. Dopo la conservazione di sè medesimo e lo sforzo a mantenersi, che è l'impulso fondamentale di tutto ciò che esiste, quello che compenetra tutti gli altri e li determina, è l'impulso ad acquistar forza. Quindi lo stato, che trascura la propria forza, cessa dall' essere stato; e perciò da tutti gl' individui che gli appartengono richiede, quando trovasi in pericolo di perdere la sua forza, quell'originario sacrifizio di beni e di sangue, nel quale la forza si manifesta come condizione assoluta della sua esistenza

Però la forza non è che il cieco fondamento; essa non ha valore, se non quando si propone il conseguimento di un fine più elevato, e promuove la giustizia. La conservazione di sè non ha valore, se la persona per sè stessa non ha un proprio valore. E

Digitized by Google

però egli è bensì vero che la base dello stato sia la forza; ma lo scopo che la giustifica è l' umana destinazione , lo sviluppo dell' uomo in grande.

Da una parte è la forza stessa che vi conduce ; perciocchè la forza, che si compie col mezzo dei molti, è disciplina necessaria dei molti per l'unità del comando, e la forza sviluppa l'obbedienza ai propri scopi. Siccome nell' individuo molti difetti , come ad esempio la menzogna, l'incostanza, l'ingiustizia, sono effetti di debolezza, e l'astuzia e la finzione le prime armi a cui quella ricorre ; così viceversa la forza è la base della durevolezza e della conseguenza, della serietà e dell'energia dell'azione. Senza la forza non avvi virtù cavalleresca e virile dello stato ; senza di essa la magnanimità e la generosità sarebbero debolezza ed impotenza. Inoltre quando la forza riposa sul legame dell'unità, essa potrà accrescersi mercè tutto ciò che possa stringere cotesto legame; e nulla lega meglio gli uomini alla forza, che il sentirsi per essa aumentare nella loro umana natura. Tale accordo dà forza. Da questo lato il processo dello sviluppo , quando la forza senta la propria razionabilità , trascende la forza brutale; e ciò non potrebbe fare la forza da sola. Dove la forza si rivolge a proteggere, colà esiste il germe dello Stato.

Il primiero sviluppo viene prodotto dalla cieca conservazione di sè; ma tostochè questa accoglie in sè la generalità, si rivolge ad un principio più elevato. Le istituzioni umane hanno origine nell' egoismo ; ma durano eticamente soltanto, quando si possono elevare alla generalità , e ricavano dalla generalità il valore della loro efficacia (§ 36). Nel mentre che esse guadagnano mercè questo processo un proprio scopo, che dà loro una propria vita, divengono altra cosa da quello, che erano negli appetiti limitati della propria conservazione, ma nel tempo stesso prendono radice nella persona più profondamente e più spiritualmente compresa , e con ciò nel proprio sentimento. Per tal modo la forza, che dapprima non voleva che sè stessa, diviene il braccio della giustizia, quando ammansisce l'uomo e procaccia tranquillità e sicurezza La forza, che protegge un principio più elevato, nobilita il proprio impulso per sè selvaggio.

Digitized by Google

Tutti i beni della vita finiscono per essere sorretti dalla forza, la quale tiene su di essi una mano protettrice; la forza sta nel reale; ma lo spirito che deve guidarla, il contenuto a cui ella serve, sta nell'idea dell'uomo. Perciò la forza non deve arrestare lo sviluppo, nè lo sviluppo distruggere la forza. La forza materiale e lo sviluppo, che si fonda su essa, non debbono avversarsi. Il problema sta in ciò, che la forza procacci il campo e lo assicuri, e che lo sviluppo non lo sottragga alla forza, ma lo fecondi.

Ann. Se nel paragone tra l'individuo e lo stato, tra l'uomo in piccolo e l'uomo in grande, si avesse ad opporre che nell'uomo individuo la forza non abbia la medesima importanza che nello stato, in cui dessa è condizione di sua origine e durata; ciò non ha peso gran fatto; perciocchè questa differenza nasce, perchè lo stato assume a pro' dell' individuo il lato della forza. Dove non vi ha stato, che sostenga e protegga l' individuo, questi è continuamente in lotta, come lo stato, per la propria forza e sempre in difesa per la propria conservazione; ovvero attacca ed ottiene colla violenza ciò che gli viene negato, ed in tale stato d' inquietudine ei non perviene a nulla. Mercè lo stato l' individuo ottiene la forza in difesa del suo diritto; e lo stato non ottiene il suo diritto che mercè la sua propria forza. Da questa connessione si rivela chiaramente il dovere nell' individuo di difendere col proprio corpo e colla propria vita la forza del tutto, quando sia minacciato, essendo ad esso che egli va debitore del proprio sviluppo. Se si volesse cercare nell'uomo individuo un rapporto analogo a quello della forza nello stato, ciò che presso a poco vi corrisponderebbe è la sua capacità a sostenersi da sè nella società civile; poichè l'individuo esiste soltanto su questa base da sè creata e da sè sostenuta, come lo stato sulla forza.

Il riconoscere la forza come una decisione si riproduce anche nelle istituzioni artificiali dello stato, come ad esempio nella legge della pluralità dei voti, nella quale la parte più numerosa è riguardata come la più forte.

Nei mirabili capitoli in cui Tucidide descrive i tempi più immemorabili della Grecia, Minosse appare come il primo che rivolgesse la forza alla difesa, e quindi come il vero fondatore di stati (Tucidide, I, 4 e 7).

Platone esige come condizione del suo stato ideale l' *autoctonia*

Digitized by Google

della razza nel paese, cioè a dire la coscienza di un primitivo possesso legale. La storia però non corrisponde in verun luogo a questo desiderio filosofico, il quale fa precedere allo stato i rapporti dello stato medesimo, se non fosse forse sulle isole dell'oceano australe, le quali però non hanno storia.

§ 153. Intorno all' origine dello stato si presentano due opposte teorie; la teoria dell' Usurpazione e la teoria del Contratto. E poichè il diritto non ha forza che nello stato e mercè lo stato, così in entrambe queste teorie si dà un origine comune allo stato e al diritto (§ 9. § 12).

L'usurpazione è una forza fisica che non ha alcun valore etico. Noi già riconoscemmo come insufficiente nella proprietà il solo elemento fisico, e come elemento costitutivo del diritto fosse la persona e la società (§ 93). L'usurpazione, appropriazione mercè la forza, sarebbe un origine fuori del diritto; la quale lungi dall'essere il fondamento dello stato come tale, è anzi il fondamento della sua nemica rivale, la rivoluzione. Dove nella storia la usurpazione diventa il principio di un nuovo stato, colà stesso, a misura che lo stato progredisce, essa cerca farsi dimenticare, e difende, quasi non avvenuta, l'esistenza dello stato da qualsiasi nuova usurpazione: la qual cosa servę a chiaramente testimoniare, com'essa non riconosca nella sua natura il fondamento della costituzione dello stato. Il principio del fenomeno e l'origine del concetto son due cose ben diverse.

La teoria del contratto, dove sia conseguente a sè stessa, come in Rousseau (§ 12), e non si trasformi in soggezione, al comando perentorio della volontà di un solo, come in Hobbes (§ 11), fonda lo stato soltanto sulla base della volontà degl'individui e a solo loro vantaggio, per es. a protezione della proprietà. Il popolo (così presso Rousseau) costituisce il governo e gli dà le istruzioni, perchè eseguisse il suo contratto. Il popolo è sovrano, e il governo è una specie di commissariato con una forza non tanto trasmessa, quanto semplicemente affidata; quindi destituibile per denunzia del popolo sovrano. Questa teoria è storicamente una finzione, se ce la immaginiamo come derivante dallo stato di natura e come processo originario del principio

Digitized by Google

di tutti gli stati; e non potrebbe dare esistenza che ad uno stato di un sol giorno (§ 12). Essa concepisce il contratto, il quale già presuppone la comunanza di dritto dello stato (§ 104), fuori dello stato istesso. Giustamente presa, la teoria del contratto poggia sopra di un principio più profondo, che essa stessa non riconosca, sulla fede cioè nella conseguenza etica della volontà per l' avvenire.

La pluralità dei voti è riguardata nel contratto come prima e suprema legge; ma essa non racchiude alcuna razionabilità, ed è un riconoscimento della parte più forte per numero; onde il contratto si trasforma per la minoranza nell' opposto di un libero accordo. Il popolo sovrano, immaginato senza lo stato ed in opposizione allo stato, è la pluralità sovrana senza l'unità, ed il predominio della parte più forte; di maniera che il contratto, sebbene l'opposto della usurpazione, finisce per essere non altro che un modo diverso di usurpazione. La teoria del contratto sacrifica a qualunque momento dell' attualità, il quale chiegga un nuovo contratto, il nesso storico, in cui solo le cose umane crescono e maturano, non che la stabilità nel diritto che sempre si sviluppa (§ 49), e senza il quale le cose si annettono e si distaccano, ma non hanno giammai sviluppo. Gl'individui sono immaginati nel loro pieno sviluppo prima dello stato, cosa assolutamente impossibile (§ 150), e lo stato non è più quella entità per sè razionale e legale, nella quale l' individuo diviene membro ed è educato ad essere uomo; ma sì un accidente degl' individui, dipendente dalla loro unione arbitraria. La innumerevole pluralità delle parti si pone in questa teoria al di sopra del tutto.

In tal modo le due teorie, benchè opposte, non raggiungono però il loro scopo, che è lo stato reso possente da sua ragionabilità. Esse nondimeno racchiudono due elementi essenziali dello stato; quella la forza, senza di cui stato e diritto non sarebbero che astrazione (§ 9 e seg. § 152); questa la libertà, senza di cui gl'individui nello stato diverrebbero una ruota o un dente di ruota o un semplice chiodo della macchina. L'usurpazione, la quale fonda un centro, sebbene principalmente mercè una volontà egoistica, rappresenta la forza centrale, necessaria

Digitized by Google

per raggiungere l'unità. Il contratto all'incontro, in cui ciascuno tira il tutto al proprio vantaggio e alle proprie idee, rappresenta un vigore proprio e un libero movimento della pluralità, opposto all'attrazione verso il centro.

La forza e la libertà sono reciprocamente come il principio centripeto e centrifugo, i quali a vicenda si regolano per formare i moti armonici di attrazione e di ripulsione, da cui la materia trae la sua esistenza. Nè la forza deve degenerare in prepotenza ed opprimere la libertà degl'individui, nè la libertà degl' individui affievolire o distruggere la forza del tutto. La giusta misura per la forza e la libertà sta nel loro reciproco ed equo contemperamento. Se la libertà degl' individui cresce per modo, che rende impossibile la forza del tutto, la libertà rende impossibile sè stessa; perciocchè per libertà e diritti riconosciuti si intendono quei diritti e quella libertà che ricevono la loro forza dalla forza del tutto. In tempi d'incertezza la forza del tutto deve prevalere sulla libertà degl' individui, i quali non hanno la loro libertà che mercè il tutto e nel tutto.

Quanto più questi due indirizzi provvedono l'uno per l'altro, la forza del centro pei movimenti nella circonferenza e i movimenti della circonferenza per la forza del centro, tanto più è da sperarsi che avvenga la simmetria sempre ricercata, di rado ottenuta e più di rado ancora resa durevole, cioè il tutto forte e libero uniformemente alle condizioni individuali del paese e del popolo.

La parola Libertà ha vari significati, dalla semplice idea dell'arbitrio abbandonato a sè stesso fino al concetto concreto della perfezione etica, in cui l'uomo, libero dal male e fermo nel bene, appartiene a sè stesso (§ 43).

Nel senso comune della parola lo stato chiamasi libero sotto doppio aspetto; verso l' estero, in quanto la sua legislazione e il suo sviluppo non dipende dall' estraneo comando o divieto di altri stati; verso l'interno, in quanto lo stato lascia che le attività degli individui agiscano secondo il proprio impulso e coi minori impacci possibili.

Egli è evidente, che questa libertà esterna, per cui uno stato ha una propria forza, e non esiste per puro beneplacito o per vicendevole

Digitized by Google

gelosia delle potenze vicine, diviene possibile soltanto mercè la forza; e da questo lato libertà e forza divengono tutt'uno. Il libero movimento di uno stato, come un tutto in mezzo ad altri tutti, dipende dalla forza; e chi vuole il perfezionamento etico dell'uomo in grande, al quale egli stesso prende parte, deve prima di tutto volere questa base della sua indipendenza, la forza, e nei giorni di pericoli, quando si tratti della sua esistenza etica, tutto sacrificare per essa.

Affinchè lo stato diventi persona, lo che non può succedere se non mercè la volontà collegata alla forza, ed affinchè esso non sia un essere collettivo senza adesione; la libertà civile, la libertà interna nel movimento dei privati e la libertà politica, la parte cioè che gl'individui prendono al potere dello stato, dev' essere necessariamente limitata dalla forza complessa. La saggia moderazione di un popolo veramente politico si è di contentarsi della libertà in ragione della forza del tutto. Dove questo sentimento scompare, ivi la dissoluzione è prossima.

Poichè la forza si pone a fondamento della teoria che costituisce gli stati sull'usurpazione, e la libertà a fondamento di quella che li costituisce mercè il contratto, ei bisogna che facciamo ancora la seguente osservazione.

La teoria dell'usurpazione si riduce al diritto del più forte (§ 9).

La teoria del contratto presuppone, che originariamente la forza riposi nella moltitudine, e che il potere dalla moltitudine venga delegato ad un individuo o a parecchi. Questa dottrina, da Rousseau in poi chiamata sovranità del popolo, nei tempi moderni fu primieramente sviluppata dai Gesuiti, e principalmente dal Belarmino e dal Mariana (L. Ranke *historisch-politische Zeitschrift*. Berlino 1833-1836, 2. Par. p. 606 e seg.). Il contratto secondo Hobbes (§ 11) e l'altro secondo G.G.Rousseau (§ 12) sono stati quindi tolti dai due gesuiti e posti a base di due dottrine opposte intorno alla natura dello stato. Anche Locke nei suoi *two treatises of civil government* (1690) parte dalla medesima dottrina del contratto. Sicchè la storia fa brutta testimonianza contro questa dottrina, la quale servì egualmente a scopi gerarchici e assolutisti, ed a democratici ed oclocratici.

Che nella storia si presentino dei contratti di stati in via di sviluppo, come a mo' d'esempio le Capitolazioni elettorali o la Magna Carta, la *Bill of rights*, ciò è essenzialmente diverso dal voler fondare originariamente lo stato sul contratto. Dove un libero concorso fonda lo stato, come avviene nella costituzione delle colonie; dove

Digitized by Google

pertanto gli è dato una origine che somiglia al contratto; colà da una parte già preesiste uno stato, cioè la madre patria, dalla quale il nuovo stato si distacca; dall'altra questo deve, pur fondandosi sulla libertà di associazione, formarsi al di sopra di questa libertà una forza la quale rappresenti il tutto di fronte alla libertà degli individui. Dove per lo contrario lo stato vien fondato dall'energica e violenta azione degl'individui, come nelle conquiste, colà l'usurpazione deve essere cancellata mercè l'ordine e la libertà che viene a crearsi.

§ 154. Nell'espressione « l'idea dello stato essere la realizzazione dell'uomo universale nella forma individuale della nazione » si comprende una folla di scopi e di attività, che è pur necessario distinguere e chiaramente esporre.

Da ciò che si è detto sulla natura dello stato (§ 151) risultano tre diversi indirizzi; in primo luogo l'indirizzo individuale, come tale, attività che ha il suo impulso e cerca il suo soddisfacimento nei bisogni degl'individui, sieno tali bisogni fisici, che morali; indi gl'indirizzi del tutto, dello stato come tale, intento a rappresentare il tutto colle proprie parti e di fronte ad altri tutti, cioè a dire lo stato rispetto ai sudditi e lo stato rispetto agli altri stati; finalmente gl'indirizzi e le forme in cui gli scopi degl'individui e del tutto si muovano e si sviluppano uniti.

Il primo indirizzo, il quale si presenta negl'individui, che scambievolmente si attraggono onde completare le proprie forze, mena alla partizione del lavoro, il quale dà ai prodotti e al loro scambio il più ampio sviluppo. Dall'offerta e dalla richiesta si forma il mercato delle cose necessarie ai bisogni umani; e il rapporto reciproco degli offerenti e degli acquirenti, in cui si trovano impigliati tutti gl'individui, è stato chiamato società civile. Questa sebbene abbia negl'individui, come tali, l'impulso e lo scopo dei suoi molteplici movimenti, e colpisca ed interessi il tutto soltanto mediatamente e nell'evento; pure non ha esistenza prima dello stato, ma soltanto sotto la protezione delle sue leggi. Poichè l'uomo in ultima analisi trae il bisognevole alla sua vita dalla natura, ed elabora per i propri scopi le materie da essa offerte e in essa trovate; così le uma-

Digitized by Google

ne attività si riconcentrano primitivamente intorno a questa base materiale. Quindi si trovano prime e quasi al più basso gradino, siccome le più necessarie e senza le quali non può esistere alcun altro indirizzo, le attività che ricavano dalla natura l'alimento e i materiali, e che si possono chiamare l'Agraria nel senso più lato, in quanto contiene in sè l'Agronomia propriamente detta, l'Economia forestale e la Montanistica. Vengono in secondo luogo le manifatturazioni delle materie per l'alimento, per la difesa della vita, per la costruzione delle abitazioni, per la esecuzione degli strumenti e persino per la rappresentazione del bello. Quest'indirizzi, che traggono origine dalla materia e s'informano ai bisogni umani nei loro rapporti collo spirito, dal mestiere fino all'arte libera, si possono chiamare Arti nel senso più lato. In terzo luogo mercè la divisione del lavoro e la materia ricavata e lavorata nei vari paesi della terra, nasce la necessità del Commercio, che è l'intermediario dello scambio fra i produttori e i consumatori, e che per reciprocità di azione aumenta le attività produttive del paese nel mondo. In quarto luogo a misura che l'uomo perviene alla coscienza di ciò che lo rende uomo, egli cerca altresì un completamento più elevato; egli cerca di rinvigorire il suo pensiero, di approfondire e arricchire la sua intelligenza, di liberarsi dalla cieca paura e di rendere più sicura e nobile la sua speranza. Da questo lato sorgono, spinte dal bisogno dell'individuo, la Scienza e l'Arte e persino la Religione, che vengono diffuse fra gl'individui da chi le apporta come un bene. Sotto questo aspetto l'offerta e la richiesta, la produzione e la consumazione divengono, anche al di là del campo pratico, eccitamento alla vita morale. Sta nella natura stessa delle cose, che l'arte si trovi al confine di due indirizzi, secondochè in essa si esegua la manipolazione della materia o la rappresentazione dell'idea.

A quest'indrizzi, che partono dagl'individui come tali, altri stanno di rincontro, i quali sin dalla origine appartengono al tutto come tale, destinati a rappresentare l'ordine necessario dell'unità. Noi li comprendiamo di rincontro alla società civile sotto il nome di Regime. Questo si ripartisce in primo luogo

Digitized by Google

in Governo, il quale, rivolto all'interno, determina individualmente le parti e gl'individui secondo il tutto e pel tutto; e rivolto all'esterno, rappresenta e guida il tutto verso altri tutti, verso altri stati (Amministrazione e Politica); secondariamente in Legislazione, la quale traccia le norme generali della condotta e dell' attività degl' individui e degli ordini speciali, dentro le quali norme si muove la moralità individuale, e vengono garentite e conservate le condizioni dell' etica; in terzo luogo in Amministrazione della Giustizia, la sossunzione (*Subsumtion*) dei fatti alla legge; in quarto luogo in Forza armata, la quale è l' ultima forza reale per la subordinazione all'interno e per la esistenza individuale dello stato all'estero, l'ultima energia della volontà dello stato.

Ogni azione individuale, come tale, non è indipendente dall' azione del tutto, e nel suo sviluppo e compimento non può immaginarsi senza di questa. Lo scambio, ad esempio, avviene sotto la forma del contratto, il quale non è possibile che sotto la garenzia del tutto (§ 104, § 107). Similmente l'azione del tutto non ha il suo significato e la sua determinazione, che nell' azione degl' individui: queste due azioni sono inseparabili. Ciò nondimeno il tutto e gl' individui s' incontrano in determinate sfere con interessi speciali e propri, da cui nascono, di fronte alle forme generali dei rapporti (contratto), alcune forme giuridiche speciali, come sarebbe il Comune (villaggio, città), in cui gl' individui per comunanza di località, per comunanza e reciprocanza di aiuto e per comunanza di istituti si raggruppano in un tutto minore, in cui lo stato, come ultimo centro, essendo troppo lontano dai rapporti individuali, deve cercare un organamento che abbia una forza autonoma e nell'istesso tempo una sua rappresentanza; indi si presenta la Chiesa, comunità etica basata nella fede in Dio, comunità che lo stato non può certamente creare, ma che deve avere come ausiliaria nell' opera sua, a misura che esso comprende l'intimo legame tra diritto e coscienza, tra coscienza e fede, tra fede e morale, tra pace ed amore. In tali relazioni si presenta il bisogno di una personalità interna, che abbia un proprio impulso e un proprio diritto, a cui stato e individui hanno un eguale interesse. Quanto

Digitized by Google

più vivamente è sentito il particolare scopo interno di queste relazioni, tanto più esso si crea la vita nell' unità di svariate azioni, e gli strumenti per il maggior possibile perfezionamento delle attività. Lo stato va oltre la vuota forma del contratto, che gl' individui stringono o sciolgono, e stabilisce le corporazioni con forme riconosciute e durevoli, cui dà dei diritti con relativa autonomia entro certi limiti; e con ciò esso guadagna dei centri subordinati ed alleati, e la sicurezza di effetti più individuali e di forme della vita più speciali, che non gli sarebbe stato possibile di produrre immediatamente coll' ampiezza della propria forza.

E qui potrebbesi trovare un' analogia col linguaggio. Lo sviluppo dello stato, molteplicemente organizzato da semplicissimi principi, ha un rapporto simile allo sviluppo di un periodo organizzato dal germe di una proposizione semplice. Mentre gli elementi della proposizione semplice acquistano una più larga espressione nelle proposizioni accessorie, la copula del tutto deve rimanere la stessa in una stabile unità, ed essere sentita fortemente nell'accentuazione. Non altrimenti è nello stato pel legame di unità, che deve divenire più forte mercè lo sviluppo delle parti.

Ann. Aristotile ha riguardato il comune (κώμη), nel suo processo fisico che sta a base della formazione dello stato, come un natural membro intermedio fra la casa (famiglia) e lo stato; dimodocchè i comuni legati insieme a causa della comune origine, sono quasi una colonia della famiglia (*Polit.* I, 2. pag. 1252 *b* 16). Questa teoria è semplice ed incontrastabilmente vera pei primordi della storia, ma non è però sufficiente pei rapporti complessi e intrecciati della vita moderna, in cui in luogo dell' affinità d' origine subentra il legame di molteplici interessi comuni.

Mentre lo stato si subordina i comuni, esso si collega alla chiesa, il cui spirito interno, profondamente impresso nei popoli, non subisce alcun comando dallo stato, e le cui sfere oltrepassano riguardo alla società i limiti dello stato, poichè o cercano un centro invisibile, ovvero un centro visibile e possente, sia entro, o sia fuori dello stato. Persino colà dove il capo visibile della chiesa è l' istesso capo supremo dello stato, non può riguardarsi la chiesa come subordinata

Digitized by Google

allo stato. Lo stato però non ha un lato ecclesiastico; e il legame che unisce lo stato alla chiesa, e che è il più delicato di tutti, diviene per ciò difficile, perchè l'essenza etica universale, la cui forma esterna è il costume, non vuole guardare indifferente le leggi che hanno rapporto a questo, nominatamente l'istruzione e la educazione, e quindi formula la sua opposizione in nome di Dio e delle coscienze.

§ 155. In connessione ai due punti opposti, dai quali parte l'azione e l'ordinamento dello stato, sta il duplice apprezzamento che si dà alle attività, secondochè si guarda agl'individui, i quali cercano il soddisfacimento dei propri bisogni, o al tutto, in cui gl'individui vengono riferiti all'unità individuale dello stato. Di questi due apprezzamenti noi designiamo il primo come economico, ovvero come nazionale-economico, e l'altro, nel senso degli antichi, come politico.

Nel primo senso le attività, i beni ed i prodotti hanno soltanto quel valore, che lor danno gl'individui uniformemente al soddisfacimento materiale e spirituale dei loro bisogni. La richiesta regola il valore; nè vi ha altro valore, che il prezzo di mercato, il quale si determina nel rapporto reciproco della produzione e della consumazione. In questo senso lo stato stesso non è che il produttore della sicurezza, i cui consumatori sono i cittadini mercè il prezzo delle imposte. Il compito dello stato si pone in questa dottrina nel problema meccanico di produrre la sicurezza col minor possibile impedimento e attrito. Soltanto quando le domande degl'individui fossero consentanee ai veri bisogni dell'uomo etico, il che con altri termini vorrebbe dire imaginare gli individui perfetti; soltanto allora questo prezzo di mercato della vita potrebbe uguagliarsi o approssimarsi al valore etico. Quindi le bilance economico-nazionali hanno facilmente un falso peso. Così, ad esempio, avviene che gli oggetti di moda sono in gran richiesta, laddove un atto della chiesa non è talvolta domandato che da pochi. Il vero valore ha quindi tutt'altra misura, che la domanda e la richiesta.

La teoria opposta pretende, che le attività degl'individui acquistino il loro valore a seconda dello scopo interno dello stato. La misura è più elevata, ma è nondimeno variabile, in quanto

Digitized by Google

che la giustizia distributiva, come già osserva Aristotile, ha la sua stregua nella temporanea costituzione dello stato. Quanto più lo stato realizza il suo concetto e tende a rappresentare l'uomo universale, tanto più il valore politico si accorda col valore etico. Lo stato tutela nel giusto senso della parola gli elementi della coltura e della educazione dal variabile ed illusorio prezzo di mercato, il quale misura tutto alla stregua del danaro.

La teoria nazionale-economica, intenta alla produzione e alla circolazione dei beni, dà un ampio sviluppo alla divisione del lavoro, in cui i talenti dell'uomo diventano macchine nelle cose più piccole ed esigue, e richiede pel lavoro e pel guadagno il più vasto e libero campo delle forze. Su questa libera carriera richiamando le attività individuali all'emulazione, essa confida il perfezionamento delle cose all'energia dell'egoismo. Secondo la sua opinione, mentre in cotesto attrito ciascuno pensa al proprio utile, coopera altresì al miglior bene del tutto.

La teoria politica nel senso del principio etico non parte dai beni, ma dagli uomini e dal tutto, le cui forze non sono in ultima analisi che gli uomini. Se lo stato ciò dimenticasse, in tempi di pericolo si accorgerebbe, che ha bisogno di uomini come un tutto e non di capacità segregate. In guerra esso ha bisogno di uomini sani e volenterosi, e sempre di una abnegazione, che è l'opposto dell'egoismo. Quindi per lo stato hanno un grande valore quelle attività, le quali, misurate alla sola esigenza della divisione del lavoro,possono sembrare una dissipazione, come per esempio gli esercizi al comun sentimento civile e l'obbligatorietà del servizio militare. Quelle attività in particolare hanno un valore politico, le quali uniscono lo stato e il popolo universalmente e individualmente, e procacciano tutto ciò che fra entrambi è adatto a formare un proprio e speciale legame.

Mentre il danaro, che è stregua della valutazione economico-nazionale, è la forza del commercio fra individui; il valore politico viene espresso dallo stato mercè la partecipazione che concede al potere del tutto, partecipazione che esso assicura come diritti politici e come onori.

Se nel diritto della persona, della proprietà e del contratto

Digitized by Google

furono sempre dimostrati come elementi costitutivi del dritto due principi, uno che parte dagl'individui e l'altro dal tutto; ei si potrebbe dire in una certa guisa, che la teoria economico-nazionale si fonda principalmente sul primo, e la politica sul secondo di questi principi. L' una e l' altra teoria si riproduce nella lotta dei partiti, e nella legislazione bisogna ben guardare alla giusta conciliazione d'entrambe. Questa terza teoria, la quale cerca questo punto di mezzo, non però fra le due, ma al di sopra di esse, può chiamarsi la teoria statale, ovvero la teoria politica nel senso etico più elevato. È questa la teoria, secondo la quale gl' individui si subordinano al tutto, e per la quale il tutto nel senso etico opera a pro' degl' individui. Non rappresentata dai partiti, che sogliono rivolgersi soltanto ad un solo dei due lati, essa è nella monarchia la teoria regale.

Ann. La dottrina nazionale-economica (conf. § 96 Ann.) si è formata in seguito alle teorie fondamentali di Adamo Smith, il quale dichiarava improduttive anche la professione dei predicatori, dei medici, degli avvocati, dei letterati e degli artisti (Adamo Smith *an inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. 1776. Lib. II a 3). L'economia nazionale, diretta all'incremento delle forze produttive, ha ben presto riconosciuto, che ciò è un errore. La stregua però di tali attività non sta nella richiesta, ma in un punto più elevato.

Nella costituzione ottima, dice Aristotile, la virtù è la stregua del valore, nella democratica è la libertà, nell' oligarchica la ricchezza, in altre anche la nobiltà (*eth. Nic.* V, 6. pag. 1131 a 26).

Come il valore politico segua la degenerazione delle costituzioni e con esse traligni, è vivamente dipinto da Platone nella sua esposizione etica sulle costituzioni (Stato, Lib. 8 e 9).

Ciò che sopra si è chiamato—e fa appena bisogno notarlo—valore economico-nazionale e valore politico, non esprime che un semplice predominio dell' uno sull' altro, e non esclusione perfetta; conciosiacchè la vera economia nazionale tien conto anche della politica, e questa alla sua volta della nazionale.

§ 156. Dal sommario sguardo che abbiam dato noi (§ 154) rileviamo in generale l' ordine che dobbiamo tenere nel trattare ciò che nello stato forma il contenuto del dritto. Sarà

Digitized by Google

quindi opportuno, conservando l'ordine già tenuto, di considerare dapprima lo stato e la proprietà nel loro reciproco rapporto, e poi lo stato e il diritto nelle attività complementari degl'individui, e queste in linea ascendentale, dalle fisiche alle morali (Agricoltura, Arti, Commercio, Chiesa, Scienza, Arti belle). Finalmente esporremo nei loro dritti lo stato e i suoi poteri, la Costituzione e la Legislazione, l'Amministrazione, la Giustizia e l'Ordinamento militare.

a) Lo Stato e la Proprietà.

§ 157. La capacità di acquistare, che per l'individuo derivò dal suo concetto di persona (§ 93), pel tutto deriva dal suo concetto di stato, il quale, come uomo in grande, è un tutto personale, una persona ed anzi una persona immanente. Lo stato può adunque acquistare la proprietà, di cui esso ha bisogno come di un suo strumento, uniformemente alla sua volontà molteplice e comprensiva. E poichè nella proprietà vi concorrono due principi costitutivi, la persona, in quanto si procura gli organi, e la società, in quanto riconosce questi organi e assicura con ciò la volontà (§ 93); ne deriva che lo stato, cioè la società, senza di cui la proprietà non potrebbe esistere, potrà legare il riconoscimento e i diritti di proprietà a delle condizioni, dipendenti dalla propria conservazione. Quindi nei diritti di proprietà degli ordini speciali dello stato si presentano delle idee più elevate, che non sien quelle della persona individuale.

Lo stato può conseguire i suoi scopi nella proprietà parte direttamente, come avviene quando esso stesso è proprietario, parte indirettamente, quando altri sono i proprietari; direttamente quando possiede proprietà immobiliari p. es. demani, ovvero quando possiede od usufruisce proprietà mobili, come sarebbero le entrate che gli vengono dalle imposte e dalle regalie, ovvero raccogliendo dei risparmi, come nel tesoro dello stato; indirettamente quando favorisce o limita mercè le imposte l'acquisto della proprietà. Nel primo rapporto gl'interessi degl'individui e dello stato, il quale rappresenta il tutto di fronte agli

Digitized by Google

individui, vengono spesso in diretta collisione; e nel secondo la collisione si presenta principalmente nei rapporti individuali. Nelle legislazioni noi vediamo due vari e differenti indirizzi; l'uno che tende ad attrarre nel mobile commercio i beni che costituiscono la proprietà, e l'altro che in una tendenza contraria vuol rendere la proprietà permanente e stabile. Nel primo lo stato cerca di promuovere le attività individuali e di avvivare la emulazione del lavoro produttivo, perchè nelle forze degl'individui esso aumenta pure la sua forza complessa; nell'altro cerca, come nella proprietà fondiaria più vasta e durevole nelle famiglie, un contrappeso contro ai pericoli del commercio mobile, aumentando sopra una base solida e durevole la forza di persistenza del tutto.

In entrambi questi rapporti dello stato colla proprietà, nel diretto come nell'indiretto, lo scopo è sempre il medesimo. Lo stato deve avere ed acquistare proprietà per sè ed agire sulla proprietà degli individui per modo, che per un'azione reciproca ne cresca la sua solidità e il benessere individuale, l'autarchia del tutto e la soddisfazione degli individui.

§ 158. Mentre la proprietà ha origine dalla conservazione di sè medesimo e dalla volontà realizzata degl'individui, in modo però ch'essa diviene etica e raggiunge la sua essenza soltanto mercè il riconoscimento del tutto (§ 93), e per tal modo concorrono alla sua formazione contemporaneamente i due principi costitutivi del diritto; alle teorie sociali dei tempi antichi e moderni si fa preponderare il secondo momento, lo stato, e si respinge o del tutto si toglie il primo momento, la volontà degl'individui che tende al proprio ingrandimento, e che pure è l'origine naturale e costante del consolidamento della proprietà. In cotali sistemi trovansi i tentativi e i primordi di un diritto naturale economico-nazionale. Mentre il Comunismo (Babeuf, Cabet) vuole la repubblica degli uguali, e nella comunanza dei beni toglie al lavoro e alla educazione la proprietà e la famiglia, ed agisce in questo indirizzo soltanto negativamente, avversando ciò che esiste senza propriamente ricostruire nulla di nuovo: il Socialismo va più oltre ancora, e formula in varie proposte un avvenire di giustizia, in cui lo stato distribuirà il

Digitized by Google

lavoro e dividerà il guadagno fra gl' individui in proporzione di ciò che vi hanno contribuito, sia di capitale, che di capacità o di lavoro — (St. Simon, Fourier, Owen).

Or da un lato egli è praticamente impossibile di formare dello stato un economo, un distributore del lavoro e di frazionare la sua cura universale nelle infinite particolarità e singolarità della vita; e dall'altro non è bene di staccare il lavoro da ciò che lo rende attraente e che è insito all'individuo e alle sue individuali tendenze; egli è impossibile di saltare a piè pari mercè un ideale di eguaglianza e di fratellanza la legge di natura che dà un impulso egoistico al lavoro; laddove bisogna piuttosto subordinare tale impulso allo scopo più elevato e conciliarlo con esso. Nella comunanza dei beni la proporzione etica fra lavoro e godimento si sconvolgerebbe affatto, e ciascuno vorrebbe lavorare il meno possibile e il più possibile godere. Tutte queste teorie, sebbene originate dall'amor proprio, disconoscono la forza reale tra l'amor proprio e l'impulso alla conservazione e all'ingrandimento di sè, il quale però non cessa di essere, sol perchè altri desidera che non sia. Dall' altro lato egli è contrario all'idea del principio umano di sopprimere la moralità individuale e di paralizzare l'attività personale degl'individui; ciò avviene, quando si annienta nel lavoro la libertà personale, quando si distrugge l'economia individuale e non si ammette che la sociale, quando si dissolvono le famiglie, le corporazioni, i comuni, loro negando la proprietà, che è l'organo della loro esistenza.

Ann. Nel processo storico è stato giustamente osservato come le teorie comuniste e socialiste sono figlie di tempi di malcontento, sia che questo provvenga da esorbitanti sproporzioni tra ricchezza e povertà, sia che nasca da rivolgimenti politici. Assai raramente esse sono la conseguenza di pensieri più profondamente etici, come in Platone e in singoli indirizzi degli ascetici cristiani. Esse trovano adesione e propagazione nelle eccitate passioni, che nella teoria prendono un'apparenza ideale e che si rendono ostili al principio etico, a cui pur pretendono. La morale del godimento e della materia cerca di mettere a suo pro' la società in un movimento comune, e di organizzare per tal modo l' impiego delle forze altrui al solo ed assoluto vantaggio di sè stesso.

Digitized by Google

Aristotile ha sottoposto ad una seria critica il comunismo ideale che Platone proponeva per lo stato in grazia dell' unità e del sentimento sociale (*Polit.* II, 1 seg. pag. 1261 a 5 e seg.). Egli vi accenna all' indistruttibile istinto della personalità, di cui non si tien conto: nel senso etico egli osserva che nel comunismo si perderebbero in gran parte le virtù della sobrietà e della generosità, e sotto l' aspetto politico che un tale stato invece dell' unità nella varietà, produrrebbe l' uniformità in luogo dell' unità, e l'omofonia in luogo della sinfonia. Il dividere le entrate dello stato tra i poveri, dice Aristotile in un altro passo (*Polit.* VI, 5. pag. 1320 a 30), riprodurrebbe l' istoria della botte delle Danaidi.

Egli è più facile riconoscere le teorie del comunismo e del socialismo nella loro nullità, che di rimediare praticamente ai mali, da cui traggono esse la loro forza. Se tali mali potessero prevenirsi, quelle teorie non sorgerebbero. Il gran quesito è—come lo stato possa raggiungere questo scopo. Se ei non può cangiarsi, come pretendono i socialisti, in un' associazione industriale, pur gli resta un' azione indiretta sulla produzione e sul lavoro, e principalmente mercè il sistema delle imposte.

§ 159. Per Imposte s'intendono le contribuzioni materiali che gl' individui prestano allo stato secondo la legge. In forza dei doveri che lo stato ha verso i cittadini proporzionatamente ai loro bisogni, esso ha il diritto di tassarli. Senza le imposte nè potrebbe durevolmente mantenersi, nè raggiungere gli scopi, pei quali egli esiste. Le imposte non sono un equivalente della protezione che lo stato presta agl' individui, non un prezzo di scambio per la sicurezza che lo stato dà agl'individui in certo modo a guisa di merce; le imposte hanno la loro ragione nell'intimo rapporto del tutto verso i suoi membri, dei membri verso il tutto e nei loro scopi comuni. I sudditi pagano quindi le imposte non come le gravezze che si pagano a un dominatore straniero, ma come imposte al proprio tutto e per esso contemporaneamente a sè medesimi.

La imposta, compito della giustizia distributiva, deve stabilire la proporzionalità tra rapporti che cangiano secondo il tempo e le circostanze; quindi sotto il rispetto etico, ciò che più importa in questo prudente calcolo è una misura generale.

Digitized by Google

Tale misura è in primo luogo la possibilità degli individui a contribuire. In questa espressione finanziaria si racchiude un valore etico, cioè il lavoro produttivo, il quale ha come lavoro il suo scopo in sè stesso, e che, efficacemente promosso, è la salute della nazione. A colui che più può contribuire allo stato, lo stato pure contribuisce di più, perchè senza di esso non vi ha nè proprietà, nè contratto, nè lucro (§ 94 § 104), e quindi nè proprietà aumentata, nè aumentato lucro. Sotto di un tale rapporto, (anche a rimanere nel punto di vista dell'individuo, il quale riguarda il proprio interesse come primo e supremo principio, e che perciò suole riguardare i suoi contributi soltanto come la controprestazione in un contratto di reciprocanza), si scorgeranno come giuste soltanto quelle imposte, che sono proporzionali alla capacità contributiva degl'individui.

Nondimeno l'attuale capacità contributiva degl'individui è un punto di vista così universale, che di fronte ai molteplici e speciali compiti interni dello stato, essa non può essere compresa che nella sua generalità. Ondechè la capacità contributiva degl'individui altro non significa, che la loro capacità momentanea di pagare, restando non calcolato da quale attività e da quale base cotesta capacità provvenga.

Quindi lo stato è guidato nel tempo stesso dai riguardi più elevati e più individuali che riflettono il tutto. Esso è guidato dalla sua tendenza all'autarchia (§ 151), la quale si manifesta come elevata capacità contributiva del tutto, sia verso l'interno, che verso l'esterno; esso è guidato dalla tendenza di soddisfare sè stesso svariatamente e di produrre come civanzo dello scambio coll'estero tanto da divenire indipendente nella reciproca dipendenza degli stati. In questo senso esso cerca di convertire le imposte obbligatorie in un eccitamento alle attività produttive, sia spingendo direttamente mercè quest'obbligo ad un lavoro più attivo, sia favorendo o producendo indirettamente mercè l'imposta sovra certi indirizzi di certe attività altri indirizzi che egli vuol promuovere nella nazione. Nell'imposta, che nella sua forma primitiva è rozza ed appare come una violenza, vien dato un mezzo di agire sopra l'economia nazionale in un senso che corrisponde alla moralità individuale della nazione,

Digitized by Google

e che ha per iscopo di soddisfare e render libero tanto l'individuo che il tutto.

Dove le leggi d'imposta costituiscono un diritto, ivi racchiudono in sè, se ben comprese, cotesti punti di vista etici; poichè cercano il proporzionale nella capacità contributiva degl'individui e il proporzionale alla produttività molteplice e durevole del tutto.

La teoria economico-nazionale (§ 154) fa valere soltanto il primo punto di vista, e lo ripone nella libertà incondizionata della concorrenza (libero scambio); laddove la teoria politica (§ 154) vi aggiunge anche il secondo punto di vista, e cerca mercè uno sguardo sulle fonti e sulle capacità di produzioni del paese una saggia conciliazione di entrambi secondo il bisogno del momento, e quindi impone un moderato dazio protettivo, che deve durare fino a che la produzione nazionale ha bisogno di questo soccorso per elevarsi e poter sostenere la rivalità colle altre nazioni.

I vataggi delle imposte indirette da un lato stanno in ciò, che mercè le medesime si rende possibile di lasciar libere le cose più necessarie e di colpire maggiormente le superflue (particolarmente il lusso), quindi di tassare a preferenza i benestanti e i ricchi, quelli cioè che hanno maggiore capacità di pagare; e dall'altro lato perchè mediante le medesime si rende possibile di procurare alla forza produttiva del proprio paese e della propria nazione un proprio campo contro la preponderanza della concorrenza straniera.

Per ottenere un favorevole equilibrio commerciale coll'estero non basta che lo stato aumenti in generale le forze produttive e il concorso della propria nazione sul pubblico mercato; ma importa principalmente che esso renda possibile alla nazione di esercitare svariatamente le attività produttive secondo i mezzi speciali degl'individui. Ciò soltanto corrisponde alle umane capacità e all'umano sviluppo. Da questo lato quello stato diverrebbe il più perfetto uomo in grande, in cui i beni prodotti in comune circolassero nel modo più svariato e venissero maggiormente adoperati dagl'individui nel senso umano, restandone più particolarmente improntati.

§ 160. Lo stato, unitamente al popolo, è un individuo storico

Digitized by Google

che non deve esaurirsi nell'abbondante soddisfacimento del presente, ma che ha da aver sempre in mira il suo più lontano avvenire in un senso ancor più ampio dell'individuo che pensa al suo avvenire e a quello della sua famiglia. E da ciò nasce il suo dritto non solo a percepire imposte, ma ad essere esso stesso proprietario, come l'individuo; la qual cosa avviene nei Demani, nelle Regalie e nel Tesoro dello stato. La cura a conservarsi nella labilità dei tempi e la previdenza pel lontano avvenire della nazione sono i moventi etici, i quali si manifestano in queste istituzioni colla forza che l'innato istinto della conservazione di sè medesimo dà allo stato. I partigiani del principio economico-nazionale impugnano tali proprietà dello stato, perchè tutte, abbandonate al commercio individuale, diverrebbero, essi dicono, più produttive, e quindi mercè il commercio individuale renderebbero di più alla nazione, e mercè l'elevazione del benessere nazionale eleverebbero anche quello dello stato. La scuola politica si rifiuta nondimeno di trarre le sorgenti della durevolezza dello stato soltanto da quei rapporti i quali oscillano e si cangiano coi bisogni del mercato, ovvero, come nella proprietà forestale, di abbandonare ai possessori temporanei la conservazione della sorgente di ricchezza per le generazioni avvenire, perchè quelli non di rado hanno gl'interessi opposti. Poichè lo stato e gl'individui non sono una ostile antitesi, che anzi lo stato ha la sua vita negl'individui, e questi la loro base nello stato; egli è chiaro che entrambe queste teorie debbono conciliarsi secondo i dati rapporti; e cotale conciliazione è l'opera costante e difficile degli economisti sperimentali e dei previdenti uomini di stato. Entrambe queste teorie sono per sè stesse unilaterali; ma in ultima analisi la politica ha una preferenza sulla economico-nazionale; perchè il tutto è prima e sopra le parti. Intanto, poichè nè la teoria economico-nazionale nè la politica (dove essa opera costituzionalmente) è astratta o calcola per così dire con semplici cifre, ma ha sempre da fare con valori concreti e dati; ne risulta da sè, che nelle cose speciali la decisione deve stare in connessione colla storia e colla costituzione dello stato.

Anche quando la proprietà immobile deriva dalla conquista,

Digitized by Google

la proprietà degli individui emana istoricamente dal tutto (dallo stato). Oggidì ancora si fa derivare da tale presupposto il diritto pubblico inglese e persino l'americano del Nord. I Demani non sono in tal caso che la parte ritenuta o riacquistata dallo stato, che la teoria economico-nazionale vuole portar mercè la vendita o la divisione in mani più produttive, affine di darle un maggior valore in pro' del capitale dell'economia nazionale; e la dottrina politica per lo contrario vuole conservare come base inalienabile degli scopi più essenziali, per esempio, come durevole dotazione della casa principesca o della chiesa, acciocchè con essa si resista a tutte le vicende della fortuna. Se il numero e l'estensione dei demani è in giusta proporzione colla condizione storica e politica dello stato; essi assicurano la base durevole di tutte le forze produttive. In ciò la dottrina politica si contrabbilancia colla economica-nazionale.

Più difficile è la quistione delle Regalie. Queste debbono rimanere allo stato, in quanto che richiedono per l'avvenire una cura, che sfugge allo sguardo degl'individui, perchè più corti di vista e più intenti al proprio vantaggio. In ciò appunto sta il principio etico, che lo stato per le condizioni della sua esistenza non guardi solo al momento, ma anche accuratamente al suo avvenire. Questo è il punto di vista generale, ma la decisione nei casi speciali, essendo tutt'affatto relativa, dipende dagli elementi più mobili e svariati.

La dottrina economico-nazionale ha lungamente combattuta la Privativa della Posta (Postregal), perchè nella posta riconobbe un'industria la quale aveva bisogno di concorrenza e che in generale non spettava allo stato; la dottrina politica però se ne impossessò, ora avendo in considerazione la finanza dello stato, ora il sentimento della forza che allo stato cresce, quando esso domina i mezzi del commercio ed ha in momenti di agitazione ufficiali sicuri a questo posto. Se la privativa esclude l'industria dei privati, pur col maggior perfezionamento della sua organizzazione l'industria della posta può senza pericoli abbandonarsi all'industria dei privati, perciocchè nessuna istituzione privata potrà mai concorrere colla posta, e nessun privato essere al caso di garentire un'eguale e così generale sicurezza e pron-

Digitized by Google

tezza di servizio. Nello sviluppo di questa istituzione lo stato, servendo a tutti, serve a sè stesso. Avendo di mira il tutto, esso non calcola la produttività e il guadagno alla spicciolata, ma equilibra per l'utilità generale e per gli scopi della vita e della coltura ciò che egli perde in una parte con ciò che guadagna in un'altra. Ben si conviene allo stato, la cui autorità riposa sulle forze collegate degl'individui, di dare tutta la perfezione di cui sono capaci a quei mezzi, mercè i quali gli uomini si comunicano i loro pensieri da vicino e da lontano, e si stringono in vincoli d'amore e di fratellanza. I telegrafi alla lor volta seguono quindi giustamente il processo della posta. Mercè il rispetto al suggello delle lettere la segretezza, quale pubblica virtù, si propaga fra tutti gli uomini. Il diritto di posta, il quale ne garentisce gli scopi interni e le condizioni della sua possibilità, è divenuto più semplice, più mite e più libero, a misura che i servigi della posta sono diventati più generalmente utili e precisi e meno costosi, di maniera che le restrinzioni si son rese in questa sfera sempre più superflue.

Se la dottrina economico-nazionale combatte il Tesoro dello stato sotto il pretesto che esso è una ricchezza improduttiva, un cumulo morto di capitale, che, sottratto alla circolazione, arresta invece di promuovere l'economia nazionale, o se in esso non vede che il magazzeno artificialmente riempiuto, il quale difetta di una sorgente che sempre rinnovi la ricchezza; la dottrina politica alla sua volta non manca di osservare, che il tesoro giacente dello stato, pronto in ogni tempo e in tutte le circostanze, contribuisce alla fiducia generale nella durevole sicurezza dello stato, e quindi al suo credito universale; onde esso anche da parte sua, per dirla nella forma degli economisti, è produttivo di sicurezza.

Il valore etico speciale, che il Diritto feudale ripose nella proprietà, non fu possibile che in quelle condizioni speciali della storia.

§ 161. Dai riguardi etici, che costituiscono il diritto dello stato ad esigere le imposte, risulta la forza conservativa delle Leggi finanziarie, la cui violazione chiamasi Defraudazione. Ma la loro importanza etica è ancor maggiore,

Digitized by Google

in quanto che esse proteggono l' eguaglianza di una onesta concorrenza sul mercato, e quindi l' onesto commercio. Il negoziante, cui riesce di sottrarsi alle imposte, danneggia allo stato e soperchia gli altri. Il contrabbando degl'inonesti rovina gli onesti. Quando avviene sui confini, esso corrombe gli abitanti di interi comuni, come ricettatori e manutengoli, e per le sue avventurose vicende somigliando molto al brigantaggio, li esercita all'astuzia e alla violenza, e quasi ad una guerra continua contro l'autorità. Tali comuni sogliono inoltre immiserire, perchè la loro mala professione eccita le male passioni, per cui non è possibile ottenere i benefici di un ordinato risparmio. Contro cotale piaga fa d' uopo di ufficiali vigilanti e intemerati e di una severa applicazione delle leggi daziarie. Acciocchè nel contrabbando non si trovi un adeguato compenso, e quindi manchi l'eccitamento a violare le leggi daziarie, bisognerebbe che il dazio fosse mite. Il contrabbando è l'effetto indiretto di leggi daziarie troppo elevate e dure; e le leggi severe, che devono far fronte a quest' effetto indiretto, non sono che un debole preventivo contro la tentazione del guadagno e contro l'allettamento che trovasi nei pericoli stessi del suo esercizio.

b) *Gli ordini speciali dello Stato.*

§ 162. La base naturale dello stato forma l' Agricoltura, dapprima come Coltivazione di campi, indi come Economia forestale e Montanistica. Alla Coltivazione vanno annesse altre attività che procacciano gli alimenti, come la caccia e la pesca Sulla premessa della coltivazione poggiano le industrie, il commercio ed ogni lavoro intellettuale più elevato: essa è la condizione fondamentale naturale della autarchia degli stati. Col mettere a coltivazione un suolo per ricavarne i prodotti si dà un aumento durevole alle risorse di un paese, superiore alle vicende del commercio; perciò un tale aumento di forze primitive ed inalienabili ha un valore che dal punto di vista del tutto deve giudicarsi diversamente, che non si giudichi il guadagno che l' individuo ne spera, messo a confronto coll' interesse del capitale ch' egli v' impiega. Egli è un fatto importante per un

Digitized by Google

paese, che il prodotto della terra sia maggiore che nol richieda il bisogno della nazione, e che oltre al capitale mobile, che può anche uscire dal proprio paese, divenga produttiva anche la forza inerente alla terra. La sistemazione e l'aumento di questa sorgente interna di benessere, guardata nel suo rapporto col tutto, non può apprezzarsi colla norma del percento e col listino di borsa, all'istesso modo che non si può valutare con danaro la conservazione e la repristinazione della salute individuale.

L'agricoltura si rivolge sulla natura, e vi lavora per guadagnarla in suo favore; essa poggia su ordini naturali, ed è essa stessa l'elemento naturale che ordina la storia. Quindi poichè in questa sfera gli scopi etici, che il diritto garentisce, si coordinano alla natura; il diritto generale di proprietà vi racchiude delle disposizioni particolari, inerenti alla vendita, all'eredità, all'economia ecc., e precipuamente alla divisibilità od indivisibilità dei beni; le quali disposizioni hanno la loro misura, naturale bensì, ma certo variabile secondo i progressi e le invenzioni, nella domanda — fino a qual punto un podere sia in istato di sostenere discretamente una famiglia.

L'impulso etico che l'agricoltura in sè racchiude, poggia principalmente sulla Famiglia, la quale ha la sua storia nel possesso immobiliare, e che, attaccata con amore e con cura al suolo, trasfonde la sua vita nella vita della patria. L'economia richiede un piano stabile, ed è contraria al continuo cangiamento di possessori; essa è il contrario di ciò che accade negli affari del mobile danaro. Mentre questo cerca tutte le congiunture possibili per moltiplicarsi mercè i cambi che rapidamente si ripetono; l'assiduo lavoro del contadino al contrario attende tranquillamente il termine dell'anno per cogliere i frutti della terra. Se il commercio col suo scambio all'estero, esposto alle oscillazioni degli avvenimenti politici del giorno, ha il suo centro di gravità fuori della propria nazione; l'agricoltura all'opposto ha il suo punto d'appoggio nel proprio paese. La stabilità domina nel lavoro e nelle sue abitudini; e lo stato riconosce nell'agricoltore la classe perseverante, la sicurezza nell'insicura vicenda del tempo.

Sotto l'aspetto economico si vorrebbero frazionare i grandi

Digitized by Google

possedimenti rurali, acciocchè molti prendano parte al lavoro del suolo, e lo rendano perciò più produttivo. Secondo l'aspetto politico all'incontro si sostiene bene spesso la loro indivisibilità, e si tende all'accentrazione, acciocchè il tutto si sostenga così su grandi e forti colonne. Queste due tendenze si escludono a vicenda. La divisibilità, che offre al mercato il suolo frazionato, all' istesso modo che si offrono le cose mobili, mena a far passare il possesso immobiliare dalle mani delle famiglie in quelle del capitale. L'economia frazionata porta dritto all'impoverimento, e lo smisurato accentramento, che facilmente ne deriva, mena al monopolio della ricchezza, la quale è alla sua volta lo impoverimento della massa. Bisogna quindi cercare una saggia conciliazione di questi due indirizzi; e la teoria politica ha ragione, quando per conservare il principio etico, garentisce questo fondamento naturale nelle famiglie.

Da ciò che l'agricoltura presta al tutto scaturiscono i diritti particolari che le vengono concessi dal tutto, p. es. i dritti di classe.

Le specialità del dritto agrario hanno il loro fondamento nella natura istessa dell'agricoltura, e la fonte della loro necessità si trova, dove questi rapporti penetrano in quelli generici della proprietà, formando una specie sui generis, p. es. nella questione sulla divisibilità dei fondi, o nelle questioni che riguardano l'economia. Possono ancora aggiungersi altre specialità pel modo d'acquisto dei fondi, mercè cui a questo dritto vanno aggiunte le condizioni e gli oneri più svariati, che si son venuti storicamente formando, p. es. le decime, le prestazioni in natura, le servitù (Frohnen). Queste hanno la loro origine nel diritto contrattuale, e non nei principî costitutivi del dritto rurale, come tale. Dove si tratta di liberare da tali restrizioni, come avvenne nella legislazione moderna allo scopo di aumentare con ciò il valore economico dei fondi e l'interesse personale dei proprietari, fa d' uopo della più severa osservanza di ciò che consegue dalla natura del diritto formale (§ 49) e dalle condizioni della espropriazione (§ 100 e 109).

Il dritto ereditario ha attinenza col dritto agrario, quando la proprietà immobiliare viene adoperata dal defunto come un mez-

Digitized by Google

zo per rendere più stabili le famiglie, come era nel fedecommesso familiare dei Germani. Nel diritto ereditario questo fedecommesso si presenta come una conseguenza derivata dalla volontà incondizionata del proprietario di annettere alla sua proprietà immobiliare delle condizioni che regolino per tutto l' avvenire l'andamento ereditario, come sarebbe la divisibilità o indivisibilità, l'ammissibilità o inamissibilità di aggravi. Ma i rapporti che esistono nella natura della proprietà immobiliare e gl' interessi di economia nazionale, rappresentati dallo stato, possono opporsi al dritto di legare per tutto l'avvenire la volontà dei successivi proprietari, e quindi limitare cotesta facoltà. Allorchè, come avviene nelle istituzioni di questa natura, l' interesse politico viene in lotta coll' economico, sorge subito il dritto, il quale cerca di garentire i loro vari scopi (§ 47).

Ann. Catone nota dei punti di vista etici e politici, i quali sempre si riproducono in rapporto all' agricoltura (*res rust. praef. c. 4*): *Ex agricolis et viri fortissimi et milites strenuissimi gignuntur, maximeque prius quaestus stabilissimusque consequitur minimeque invidiosus. Minimeque male cogitantes sunt, qui in eo studio sunt occupati.* Qui è designato nel contadino il forte rampollo della forza difensiva di rincontro al molle uomo di città (cons. Arist. *Polit.* VI, 4 p. 1319 *a* 21), la sua onesta professione di fronte al commercio, astuto e furbesco, l'onesto suo modo di pensare, proprio del placido vivere, di fronte a quello mobile e superbo dei cittadini.

§ 163. Affine all'agricoltura sono i lavori forestali e montanistici, quando anch' essi hanno in mira di trarre profitto dal suolo, come stabile e speciale sorgente di guadagno; onde il diritto forestale e il montanistico si connettono al diritto agrario. Chi cerca nel diritto la garenzia degli scopi interni, distinguerà qui le disposizioni che derivano dall'esercizio peculiare di questi rami di economia, da quelle che derivano dai rapporti del tutto con queste fonti di economia nazionale. Nel primo riguardo il fondamento viene dato dagli interni rapporti della cosa nei suoi reciproci effetti tra il proprietario e il coltivatore; e nel secondo dalle considerazioni di economia politica. Mentre

Digitized by Google

le disposizioni relative al primo sono stabili e permanenti, queste altre vanno soggette ai cambiamenti dipendenti dal processo storico della civiltà. Quando a mo' d'esempio nell'economia forestale furono notati i grandi pericoli per la salubrità del clima, per la feconda distribuzione della pioggia ec., che derivavano dal taglio inconsiderato dei boschi; quando la previdenza dello stato tenne d'occhio anche il lontano avvenire, e si accorse della lotta che ne nasceva tra l'interesse dello stato e l'interesse dell'individuo; l'autorità forestale si sviluppò più severamente, e una sorveglianza più rigorosa pose dei limiti all'economia forestale dei privati.

Le qualità caratteristiche del diritto in questi ordini si manifestano sempre più, dove la diversità caratteristica determinata dalla cosa più si oppone alle disposizioni generali sulla proprietà, sui contratti e sulle professioni.

Ann. Il diritto montanistico tedesco è un esempio rimarchevole del come lo scopo interno, improntandosi nella specialità della montanistica e dei montanisti, abbia fatto nascere delle espressioni e delle forme speciali per garentire il rapporto giuridico della privativa regia e della trasmissione del privilegio.

§ 164. Dalla base reale emanano le **Arti**, come secondo grado dipendente dal primo dell'agricoltura (§ 161), le quali continuano il fatto di liberare l'uomo dall'immediata violenza della natura, coll'elaborare le materie ottenute, col dar loro una forma per scopi umani, col guidare le forze della natura e formarne organi e simboli della vita intellettuale. Da un lato essi producono gli strumenti, mediante i quali la volontà estende il suo potere sopra le cose, difendendo ed aumentando le forze del corpo umano, p. es. fornendo alla mano mezzi più forti e più delicati, che producano effetti più svariati e più complessi; e dall'altro lato formano dei simboli, mercè i quali il pensiero si rende intelligibile a sè stesso e ad altri, e si rappresenta il sentimento. L'uomo costringe persino la macchina ad eseguir cose che egli stesso non potrebbe, per es. facendo fare all'orologio quella divisione e quella enumerazione del tempo che egli stesso non po-

Digitized by Google

trebbe fare, e che usufruita in comune, rende precisa la vita e fa guadagnare tempo e forza.

Se il principio etico, nel senso più lato, si riconosce ovunque l'uomo compie la sua propria opera; il principio etico si presenta ogni volta che la vita umana si procura un sicuro campo d'azione e la capacità di realizzarsi. Le arti lavorano per acquistare l'umana autarchia di fronte alla natura; e se lo stato si perfeziona, soddisfacendo, per quanto è possibile, a sè stesso, il suo compito sarà lo sviluppo più svariato delle arti relativamente alle condizioni del suo suolo; perciocchè lo stato, che è l'uomo in grande, deve anzi tutto far del terreno il suo corpo; e similmente all'anima umana che destina il suo corpo a divenire strumento dei suoi fini, deve sotto quest'aspetto rivolgere al suo scopo i ricchi prodotti del suo suolo. Sotto quest'aspetto la legislazione si presenta all'estero nel dazio protettivo, nel sistema proibitivo o nel suo opposto, e all'interno nelle corporazioni d'arti e mestieri ovvero nella libera concorrenza. I mezzi sono differenti e talvolta opposti a seconda delle condizioni storiche, e del grado di sviluppo delle arti; ma lo scopo interno rimane sempre il medesimo relativamente al tutto. Il diritto sulle arti e i mestieri garantisce da questo lato le condizioni riconosciute necessarie dal tutto per lo sviluppo di questo significato etico; questo è uno dei fattori determinativi del diritto delle arti e dei mestieri.

Dall'altro lato la posizione degli operai, che, secondo il punto di vista di sviluppare sempre più il principio etico e sempreppiù dare al tutto la possibilità di una umana soddisfazione,sta in assoluta opposizione con esso tutto, si può osservare nell'antichità negli schiavi, nel principio del Medio Evo nei servi della gleba, nei tempi posteriori nelle degenerate corporazioni, e nei tempi moderni negli operai degli opifici. La divisione del lavoro scinde l'unità dell'uomo, e lo rende una macchina: gli opifici si compongono di macchine, e gli operai cedono a queste la loro abilità, sì da non divenire altro che parti e strumenti delle macchine stesse.E come cresce il compito intellettuale del capo-fabbrica, scende quello degli operai.L'unità di direzione,il capitale e le macchine hanno nella loro azione complessiva un immenso

Digitized by Google

successo pel primo degli accennati indirizzi; ma il suo contraccolpo nell' altro è pieno di pericoli. Fu sempre domandato, ed oggi tuttora si domanda fino a qual punto l' operaio trova e consegue nel lavoro la sua umana destinazione. Ciò fu variamente risoluto a seconda dei vari tempi, ed è pur sempre la base su cui poggia il diritto sulle arti e sui mestieri, sia che nelle corporazioni di arti e mestieri si cerchi mutuo soccorso e protezione, sia che nella libertà loro si promuovi la emulazione e la rivalità dell' operaio. Qui fan capo tutte le leggi che proteggono gl' operai dell'arbitraria soggezione, preservano dal trarre illegittimo guadagno dal loro bisogno, e assicurano ai loro figli una certa educazione. Il diritto sulle arti e mestieri da questo lato preserva il principio etico, per quanto può, atteso il prezzo di mercato ognor più basso delle forze umane.

Nel dritto sulle arti e sui mestieri interviene un altro fattore derivante dalla natura dell'oggetto, che forma lo scopo dell'arte e del mestiere. Se si volesse vedere come il novello scopo di un'arte dia nascimento ad un novello dritto, come le disposizioni giuridiche diventino diverse a seconda della specialità della cosa, e come si modifichino i suoi rapporti collo stato, cogli esercenti, cogl'inservienti e con chi ne profitta; si confronti il diritto delle strade ferrate, nato sotto i nostri occhi e che, multiforme in sè stesso, ha persino reso più rigoroso il diritto penale comune, il quale severamente punisce la leggerezza o il mal volere di coloro che mettono non altro che una sola pietruzza sulle rotaie. I diritti degli artigiani (come nelle corporazioni, nelle facilitazioni d'importazioni o d'esportazioni, nelle patenti) derivano dal presupposto di ciò che gli artigiani procacciano al tutto.

La specialità del diritto sulle arti e sui mestieri si scorge, dove la generalità dei contratti, delle associazioni, viene compiuta dal contenuto specifico di questa sfera.

§ 165. Ausiliario dell'agricoltura e delle arti, il Commercio scambia le cose e le rende mercanzie. Com'intermedio fra il produttore e il consumatore, il commercio ha il compito di adattare il lavoro ai bisogni, e di scambiarlo contro un equivalente, che offre chi ne fa domanda. In tal guisa, regolando

Digitized by Google

la domanda e l'offerta, il commercio è interno fra i confini del medesimo paese, ed internazionale ed esterno fra paese e paese. Mercè il commercio si rende possibile di rivolgere il lavoro a tutti i vari bisogni interni, e di perfezionarne colla divisione i prodotti, perchè le cure dello smercio e dello scambio si abbandonano al commercio, e l'attività dell'operaio non vien distolta dal suo proprio e special compito. Le nazioni raggiungono la loro destinazione mercè il commercio, e mercè esso la vita dell'umanità diventa una ed universale. Come l'ossigeno, che noi respiriamo, vien emesso in gran parte dalle vaste selve dei tropici, e l'immenso atmosfera si equilibra sul globo terrestre; così le svariate condizioni della vita affluiscono mercè il commercio da lontano nei vari paesi, e vengono scambiati su tutta la terra. Si può dire che per esso divenga possibile la vita umana, che altrimenti rimarrebbe in uno stato puramente animale. Per tal modo il commercio diventa un organo etico, nè solo di un popolo, ma della umanità.

Ciò che dà impulso al commercio, il quale agevola ed estende lo scambio, è la Libertà di Commercio. Ma il commercio non può immaginarsi che in dipendenza della produttività interna della nazione, della fertilità del suo suolo; quindi esso deve riconoscere i rapporti dello stato destinati a promuovere ed aumentare le forze interne produttive, cioè i dazi protettivi, le imposte indirette ecc., da cui anch'esso ne ricava indirettamente un profitto. Nella vita universale dell'umanità, che il commercio agevola e promuove, compito più elevato non è già di reprimere le produzioni nazionali, ma sibbene di dare a queste il più grande e svariato sviluppo possibile. E in ciò sta la sapienza delle leggi commerciali, che hanno in vista il tutto nazionale. Nè lo stato di Fichte, chiuso al commercio, in cui il desiderio di prodotti esteri viene dichiarato tanto stolto da paragonarlo alla quercia che domandasse di essere un palmizio, nè la smodata libertà di commercio di certe nuove teorie inglesi, per cui le nazioni vengono soverchiate da altre e sottoposte nel commercio e nelle industrie, nè queste nè quelle, diciamo, possono bastare al compito dello stato, di procurare cioè alla nazione le condizioni che loro più giovino per vivere uma-

Digitized by Google

namente. Da questo lato la mira dello stato dev'essere diretta alla condizione speciale del proprio paese e del proprio popolo, e deve, ampliando o restringendo, determinare il commercio nei suoi indirizzi, mentre il diritto garentisce le condizioni del benessere etico comune.

Dall'altro lato il diritto commerciale deriva dalla natura speciale della cosa, la quale determina specificamente i rapporti giuridici generali del contratto e del credito Così il diritto del commesso sviluppa meglio nella sfera commerciale il rapporto giuridico generale della procura (§ 110); così, essendo la spedizione una parte essenziale del commercio, e in essa mancando l'immediata consegna, non è sufficiente la massima « Augen fürs Geld » (occhi pel danaro), ma si rendono necessarie certe determinazioni sull'offerta, sull'accettazione e sulle domande, sotto quali condizioni l'affare sia perfetto,sotto quali condizioni debba essere garante il compratore o il venditore, (come nelle spedizioni, nei ritardi ecc.), e sotto quali condizioni, ond'evitare l'inganno, la merce debba riguardarsi come accettabile, cioè a dire come tale che corrisponda alla espressa o tacita promessa del venditore. In tutti questi rapporti la fede e la fiducia da ambo le parti sono il motivo interno, che il diritto cerca di garentire mercè disposizioni esterne. I rapporti più sviluppati e complessi si determinano mercè l'analogia coi più semplici, per esempio, quando si dee decidere in qual momento la merce e il pericolo spettano al compratore.

Le disposizioni del diritto commerciale devono essere precise, ond'evitare i litigi, a cui l'interesse egoistico è sempre disposto, e per garentire una base sicura ai calcoli del commercio. Gli affari hanno bisogno di prontezza, perchè in generale il tempo è danaro, e perchè il solo sapere di che si possa disporre già forma una parte essenziale della speculazione. Da ciò deriva la prontezza delle forme giuridiche nel diritto commerciale, e la pronta decisione dei suoi tribunali.

Se al commercio si concedono dei privilegi, come ad esempio il dritto di scarico, l'esclusiva facoltà di trarre cambiali ch' esisteva per lo passato, e ai suoi libri il valore di un attestato legale; se inoltre in esso il dritto ha varia importanza, secondo-

Digitized by Google

chè si tratta del commercio all' ingrosso o al minuto; tutto ciò viene concesso al commercio in forza dei suoi obblighi, e per rendere possibile le condizioni onde attuarsi ed offrire i suoi uffici in pro' del tutto.

Tutto ciò che nel diritto commerciale deriva dal rapporto del commercio colle condizioni del benessere nazionale e della relativa autarchia, sarà (perchè dipendente dal grado dello sviluppo nazionale e commerciale istesso) meno stabile e costante di ciò che deriva direttamente dalla natura del commercio come tale.

La fedeltà e la fiducia negli affari, il mantenere la parola data e il puntuale adempimento degli obblighi assunti, sono i sentimenti giuridici che animano la classe dei commercianti, sentimenti che dal commercio si estendono a tutta la vita sociale. Il diritto coercitivo traccia i suoi confini per dare a tali sentimenti un punto esterno d'appoggio.

Accanto al negoziante, e come sua parodia, sta da una parte il bottegaio (Krämer), che divien piccolo per egoismo, e dall'altro l'ostentatore (Schwindler), che vuol trarre partito dal gran commercio senza la solidità del negoziante. La vita sana della classe commerciale, che si depura da sè, cerca eliminare gli uni e gli altri.

Contro ai mali effetti indiretti del commercio la legge non può gran fatto provvedere, e lo può solo e in certa guisa il costume e la sperimentata prudenza. Mentre il commercio deve servire ai bisogni umani, facendo da intermediario fra la produzione e il consumo; ei tenta coll' offerta ad eccitare le passioni ed a provocare la richiesta. Speculando sulla vanità, ei produce per parte sua la moda e il lusso, e respinge dal gusto e dall' arte colle sue novità lo spirito classico. Contro tali cattivi effetti secondari la morale istessa vi resiste assai raramente. Nelle crisi commerciali lo spirito d'intrapresa e la fiducia generale, che trae seco e difficilmente lascia conoscere gli anelli guasti della lunga catena del credito, diviene quasi una forza fatale, che trascina seco le sostanze dell' innocente e danneggia il lavoro produttivo dell'operoso. La responsabilità del commerciante per la fiducia, ch'ei domanda ed accorda, sor-

Digitized by Google

passa di gran lunga nella complessità universale del credito il danno ch'egli reca a sè stesso coi suoi errori ; nondimeno la legge può molto raramente colpire efficacemente i torti e gli errori del commerciante.

Il commercio diviene nella Borsa una forza politica, che segue con palpito e speranza il torrente delle circostanze , e quindi sottostà alla influenza politica. « Die materiellen Interessen, sie schlagen sie nicht , sie weichen zurück » (Gl' interessi materiali non si battono, ma si ritirano).

In opposizione alla p e r s i s t e n z a, che è la qualità caratteristica dell'agricoltura, si presenta come impulso del commercio il m o v i m e n t o. Il possesso immobiliare e il danaro si concentrano nello stato, codesto rappresentando il cambio nella sua universalità, e quello l' espressione di ciò che è proprio; essi sono, come nella proposizione l'essere e il fare, i due elementi che debbono costituirsi in unità.

Ann. Egli è certamente vero che la brama del guadagno è il movente del commercio ; ma però mentre in piccole proporzioni il commercio resta nei limiti del bottegajo ; si spoglia della sua grettezza, e acquista un elevato sentimento , allorchè nei grandi rapporti varca arditamente i mari, mette in relazioni le più lontane parti del mondo, influisce in guerra e in pace sui più grandi rapporti degli stati e incivilisce lontani paesi apportandovi le materie prime o spacciandovi i prodotti del lavoro. Il commerciante e il suo diritto commerciale hanno una tendenza universale , che diventa cosmopolita.

Poichè il commerciante non acquista, ma guadagna , per lui si trovano in grande sproporzione il lavoro colla mercede ; e questa sproporzione sarebbe ingiusta, se il continuo pericolo di perdita non riducesse il guadagno ad acquisto. Quando continui lucri inorgogliscono l' animo e aumentano l' avidità della ricchezza, che per sè stessa non ha limiti, si produce nel mondo commerciale, come contagio, una vertigine, cui seguono sicuramente gravi rovesci. In generale ha un valore etico soltanto il lucro, e non lo smodato guadagno.

Lo spirito commerciale tralignato, che a causa del rischio e del profitto diviene prepotente ed incordo, voluttuoso ed arrogante, che introdusse nel mondo il crudele commercio degli schiavi, che evi-

Digitized by Google

rò gli uomini per venderli come eunuchi 1), mercerario e punto cavalleresco, che in luogo di possedere il danaro è da esso posseduto, che tende al minimo del salario e al massimo degl' interessi, un tale spirito commerciale, diciamo, ha bisogno in parte del freno di rigorose leggi, e in parte del contrappeso delle altre classi.

§ 166. Sul credito commerciale, che di piazza in piazza si estende su tutte le nazioni, riposa la grande invenzione della Cambiale; il diritto cambiario eleva l'importanza della parola del negoziante a tale altezza, che un debito cambiario raggiunge quasi il valore della carta monetata posta in circolazione dallo Stato, e in circostanze favorevoli si estende al di là dei confini del proprio paese su tutti i mercati del mondo(§ 118 Ann.). Oltre all'onore che si attacca alla sottoscrizione del negoziante contribuì essenzialmente a produrre un effetto così straordinario la sanzione della legge coattiva. Essendo la cambiale la semplice promessa di una somma stipulata colla sottoscrizione senza alcuna contropromessa, quindi una pura obbligazione ad un pagamento in danaro senza l'aggiunta del motivo di tale obbligazione (senza la *causa debendi*), la legge taglia corto su ogni eccezione che in altri casi può elevarsi contro l' esercizio dei diritti di credito; quindi accellera la forma processuale, e rende più severa la forza dell'obbligazione mercè un particolare vigore nella esecuzione, per es., mercè l' arresto personale. L'esatta forma, che la cambiale può prendere, col progresso del tempo e il vigoroso procedimento nel dritto cambiario hanno il significato di garantire le condizioni morali sotto le quali soltanto una tale sicurezza nella fiducia commerciale si rende possibile. La fede che trova una cambiale dipende dal presupposto che il traente, sia nella cambiale che in un biglietto all'ordine (tratta), voglia e possa eseguire il pagamento; e il rigore della legge esercita tale una pressione colla sua severità, che tale presupposto guadagna di forza per la fiducia, che il traente non solo vorrà pagare, ma ancora che prima di sottoscrivere abbia ben esaminato, se il suo volere corrisponda col potere.

1) Guglielmo Roscher, *die Grundlagen der Nationalökonomie*. 2.ª Ediz. 1857, pag. 485.

Digitized by Google

Nell'arresto personale il debitore risponde colla propria libertà del non puntuale adempimento della sua obbligazione. Da queste considerazioni derivano i severi principii e le rigorose forme che modificano in un modo speciale la natura generale delle obbligazioni (§ 103 e seg.)

La cambiale è una invenzione tutt'affatto commerciale, e l'attitudine a poter trarre cambiali, a potersi cioè obbligare mediante cambiale,si è generalizzata soltanto in seguito nelle altre classi estranee al commercio. Quest'aumento di responsabilità personale può nondimeno venire in conflitto con degli scopi più elevati. Se l'individuo deve rispondere della sua parola data coll'arresto personale, lo stato si opporrà a tale esecuzione in quei casi, in cui la persona appartenga al suo servizio, come ad es. per i militari e per gl'impiegati. Ora se in tali casi, come è pur necessario, alla legge si toglie il suo rigore nel diritto cambiario, la forza speciale, che alla cambiale deriva da tale coercizione, viene paralizzato. Da ciò risulta un'interna contraddizione nell'estensione illimitata del dritto cambiario; onde sarebbe prudenza di evitare fin dal principio a che i diritti del creditore sulla persona del debitore non vengano in conflitto coi diritti dello stato e coi doveri di ufficio, che essa ha.

La capacità cambiaria ha somministrato un mezzo sicuro per mascherare l'usura, ed ha generalizzata nel popolo il mestiere dell'usuraio. Se l'arresto personale, che è il braccio forte e la garenzia della cambiale, venisse tolto, l'uso della cambiale non avrebbe luogo in quei casi, dove soltanto il minacciato arresto personale è pegno di sicurezza; e sotto questo aspetto mentre l'estesa capacità di trarre cambiali non si fida che negli effetti penali che la cambiale trae seco; la Borsa, il gran mondo commerciale, al contrario trova già nella potenza del credito una sufficiente garenzia di pronto pagamento.

Il così detto raggiratore di cambiali (Wechselreiter) sturba il legame morale che informa tutto il credito, e diviene disonesto profittando della forma cambiaria, onde procurarsi per alcun tempo del danaro mercè il pubblico credito, e di giovarsi di esso con la coscienza di non meritarlo.

Sotto un tale rapporto le cambiali divengono prestiti simulati,

Digitized by Google

che vengono fatti dai traenti senza la coscienza di poterli pagare, e talvolta persino colla coscienza del contrario. Essi divengono più pericolosi e più responsabili innanzi alla legge, a misura che coll'apparenza di firme sicure coprono grandi ed azzardosi affari, e vi attirano il mondo commerciale. La bancarotta e l'impoverimento che ne sono la naturale conseguenza, quando il raggiratore non riesce nei suoi progetti, è qualcosa di più della semplice colpabilità morale. Il terribile contracolpo della fiducia, carpita per mezzo di cambiali, si manifesta nelle crisi commerciali, che insieme al colpevole traggono in rovina l'innocente, e perturbano il traffico generale. Quanto più si riconosce che le cambiali delle classi commerciali valgono nelle altre classi come aumentata cartamoneta dello stato, e che mentre nello stato si chiede una garenzia per la carta monetata, per es., mercè la riserva metallica, alla classe commerciale si concede illimitata e non garantita fiducia sul credito dell'individuo; quanto più si osserva nelle crisi commerciali, le quali si succedono ognora più frequentemente, che neppure le perdite subìte rendono più cauti e raffrenano le sconsiderate e ingannevoli speculazioni dell'avidità sempre crescente di danaro; tanto più si sentirà il bisogno che le leggi reagiscano con maggiore energia contro l'abuso della fiducia, che è la ricchezza più pregevole del commercio.

§ 167. Il commercio produce delle forme speciali che stanno in intima connessione col suo scopo e che danno origine ad un proprio dritto, che chiamasi commerciale. Sono di sua competenza i mezzi di trasporto, per es., la navigazione col Diritto marittimo (conf. § 46), e le Assicurazioni contro i pericoli nelle loro forme svariate.

Le assicurazioni valgono a premunirsi dalla forza del caso, che continuamente minaccia la vita e pone in pericolo le fortune; esse, poggiando sul calcolo del timore col danaro reale, hanno un valore etico, poichè ripartiscono fra molti il timore degl'individui, e con ciò procurano alle forze creatrici il sentimento di sicurezza, che si può paragonare al sentimento di coloro, che nel loro cammino sanno di avere sotto i piedi un suolo sicuro.

Digitized by Google

§ 168. All'istesso modo che il diritto commerciale deriva dalla natura speciale del suo oggetto, ne deriva altresì dal d r i t t o d i p r o p r i e t à l e t t e r a r i a il dritto di privativa per l'autore e l'editore (conf. § 101 Ann.). La ragionevolezza del dritto di proprietà letteraria ed artistica si riconosce facilmente con una considerazione indiretta; perciocchè la ristampa farebbe perdere all'ingegno produttore il frutto del più nobile lavoro, ed arricchirebbe colui che ne carpisse i vantaggi, cosicchè, invertendo il rapporto di giustizia, paralizzerebbe la forza produttrice. Egli è più difficile a calcolare gli scopi interni che costituiscono direttamente questo diritto, cioè i riguardi che si devono al produttore, al quale propriamente appartiene il frutto dell'opera da lui creata, e la cui forza produttrice dev'essere eccitata e mantenuta viva dalla legge, mercè il godimento dei suoi frutti, oltracciò i riguardi verso l'editore, il quale per primo assume i rischi della pubblicazione; finalmente i riguardi alla diffusione, che è lo scopo, e il diritto di ogni opera dell'ingegno. I privilegi sugli autori classici nazionali sono un impedimento al lavoro scientifico e alla bellezza delle edizioni, arrestano la emulazione del commercio librario, e quindi l'efficacia che le opere dell'ingegno debbono esercitare sulla nazione. La difficoltà di una giusta distinzione cresce ancora nel determinare i limiti fra una nuova produzione e la riproduzione di un'opera vecchia, fra il vero lavoro intellettuale e la riproduzione di un lavoro altrui. Si dimanda, per esempio, dove cessa la compilazione dell'opera altrui, e dove comincia la compilazione della propria, e fino a qual punto è protetto contro la ristampa un lavoro eminente di un filologo, che si possa qualificare *ex recognitione*, *ex recensione*.

Se mercè la legge contro le ristampe si ottiene di far perdurare il diritto del produttore sull'obbietto della produzione; questo diritto proviene anche quì dall'importanza dell'opera fatta.

§ 169. L'agricoltura, l'industria e il commercio procacciano l'autarchia materiale del popolo, e il diritto cerca di garentire le condizioni, nelle quali il b e n e s s e r e è possibile. Il benessere è un concetto relativo. Dal punto di vista individuale s'intende per benessere un rapporto di sopravanzo delle entrate

Digitized by Google

sulle spese necessarie, relative allo stato e alle condizioni sociali; in modo che esso fornisca i mezzi alla durevolezza e all'ampliamento della vita. Dal punto di vista nazionale il benessere può significare un rapporto analogo a questo, ma in relazione colle altre nazioni; nel qual caso può rimanere non assodato, se nell'interno i mezzi sieno equabilmente divisi, oppure accumolati in mano di pochi. Qualora però il benessere di una nazione si rapporta con sè stessa, tale benessere dovrà misurarsi dalla possibilità data ai molti di prender parte ai beni umani, e di vivere come ad uomini s'addice. Nel benessere v'è un duplice elemento etico; perciocchè in primo luogo esso vi implica il lavoro, il quale acquista e conserva, e in secondo luogo poichè guadagna estensione e forza, quando il contento e la semplicità mantengono in modesti limiti la misura dei bisogni.

Col crescere della ricchezza esterna, s'ingenera il Lusso, il cui carattere si è di rendere necessario il godimento di ciò che è superfluo. In questa sua generalità esso ha diverso valore morale, secondocchè il bisogno si misura dalla vita fisica, ovvero dalla pienezza della vita morale che si va perfezionando. Nel primo caso la produzione del bello (come nell'arte) è cosa superflua, e di cui si può fare a meno; laddove nel secondo essa si eleva ad una delle più alte attività umane. Comunemente il lusso vien preso nel significato peggiore, riferendolo a quei casi, in cui la vita materiale sovrabbonda sull'attiva. Talora esso serve in modo più o meno vano alla rappresentanza personale del potente e del ricco, per rendere sempre più grande il sentimento della propria importanza, e perchè si trovasse quasi un riflesso di sè stesso nella magnificenza degli abiti e nello splendore degli ornamenti. Talora il lusso raffina i piaceri sensuali del gusto, e corrompe nella gaudente voluttà le umane attività. In una tale specie di lusso l'avidità del ricco va pari passo colla povertà del volgo, laddove in quell'altra vi si racchiudono anche le produzioni del bello. Nel lusso, come effetto indiretto del commercio, c'è un tralignamento del benessere: e il diritto deve garentire le condizioni, per le quali il benessere, la civiltà e il costume possano giovarsi a vicenda. A tale scopo si tentò varie volte di emanare delle leggi contro il lusso, le quali,

Digitized by Google

lodevoli nella loro intenzione, furono deboli nell'effetto, e lottarono per lo più inutilmente contro l'irrompere del mal costume. Il rimedio a questo male non può cercarsi che nella moralità personale, la quale può trovare un sostegno nella libera associazione, come ad esempio nell'associazione di sobrietà, ovvero negli sforzi a deviare la forza lussoreggiante dal personale egoismo del godimento e a rivolgerlo all'elevamento della vita pubblica e comune, per esempio mercè l'arte, in altri termini a rivolgerla dal superfluo e nocivo al superfluo ma bello.

§ 170. Col benessere materiale si aumenta la Coltura e la Popolazione: in quella si compie una legge spirituale, in questa una fisica; e in entrambe a prima vista si rivela il benessere generale del popolo. Esse vanno di concerto nel progresso, per devenir poi ad una opposizione.

La coltura rende i bisogni e i desideri più svariati e molteplici. L'aumentantesi popolazione per lo contrario aumenta la moltitudine degli appetenti. Ora poichè gli appetenti appetiscono di più ed inoltre aumentano in progressione geometrica; la sfera di soddisfazione necessariamente si restringe sul suolo comune, i cui prodotti non seguono che il processo di una proporzione aritmetica. La coltura produce eccesso di popolazione, e l'eccesso di popolazione impoverimento; cosicchè la coltura e l'aumento di popolazione aumentano insieme il bisogno, fino a spingere gli uomini a emigrare dal proprio paese.

È qualità caratteristica dell'uomo di vincere la natura; e la sua grandezza e il suo contento sta nel rendere, a mo' d'esempio, mezzo di comunicazione il mare che divide; nel trasformare in piacevoli soggiorni paesi rozzi e selvaggi, sprigionando le forze brute per impiegarle al suo servigio, sia spingendo la palla micidiale, che lanciarsi egli stesso nello spazio; nell' attirare nell'orizzonte della sua vista il più piccolo spazio o l'oggetto più lontano negato alla sua vista naturale, e nell'indagare l'ascosa necessità per dominarla colle sue proprie leggi e diriggerla alla forza e alla libertà di se medesimo. Dominando la natura, egli rimuove sempre più gl'impedimenti, che si oppongono alla propagazione e alla conservazione della sua specie; e, per seguire il proprio corso, allontana i limiti, che arrestano la legge pro-

Digitized by Google

gressiva della sua propagazione; gli riesce di agevolare la conservazione dell' individuo, di modo che la durata media della vita si prolunga, e si aumentano gli anni della operosità. Se nella vita individuale e sociale il bene viene ritardato dalla circostanza che l' uomo, come si suol dire volgarmente, diviene presto vecchio e tardi prudente; questo impedimento diminuisce e il campo d'azione si accresce, dove la prudenza s'accoppia colla forza. In questa vittoria sulla natura, mercè l'associazione del genere umano, l'uomo gode dell' opera sua speciale, e compie con ciò una parte del suo lavoro etico.

Ma si volti pagina, — e si avrà il più gran rovescio delle cose umane. Il successo dell' attività, ingenita alla destinazione dell' uomo, si rivolge contro lui stesso. Vincendo la natura, e facendone strumento della propria intelligenza, egli corre pericolo, mercè l' eccesso di popolazione, di soggiacere alla legge della propria conservazione, che egli ha rimossa dagli ostacoli. Se la durata media della vita si prolunga, come insegnano le statistiche, anche ciò contribuisce all' affollamento degli uomini; conciosiacchè individui delle più varie età vivono contemporaneamente, e la generazione successiva non trova libero campo che tardi. La popolazione eccessiva minaccia il rallentamento della civilizzazione umana, in pro' della quale si è lavorato per secoli. Immaginandosi il mondo eccessivamente popolato, come ora è la China, la storia umana finirebbe colla guerra di tutti contro tutti, anzichè coll' eterna pace, e, come la China, nella morale dell'esclusione, l'uomo muoverebbe guerra contro i propri figli. Il sentimento della propria conservazione spezzerebbe negl'individui il legame, da cui gli uomini sono stretti tra di loro. A ciò mena la forza, che sta nella natura e nella coltura come cause fisiche connesse.

Questo tempo però non è ancor vicino, e le cause fisiche stanno in potere di un'idea ad esse superiore. L'eccesso di popolazione e l'impoverimento (che derivano da quei fattori dello sviluppo spirituale e fisico) producono la miseria: e nondimeno l'opposizione fra il bisogno e i mezzi, opposizione che nasce dallo stato bisognoso e senza protezione degli uomini primitivi,

Digitized by Google

diviene la causa motrice della storia universale e del progresso mercè l' emigrazione e lo stabilimento delle colonie.

In quegli stati, dove il benessere materiale si cangia del tutto in eccesso di popolazione ed in impoverimento delle masse; dove in causa della coltura e precipuamente per la vicenda del danaro, il prezzo delle cose aumenta e diminuisce quello delle forze umane sul mercato affollato di uomini; dove le invenzioni dell'ingegno, come le macchine, supplantano improvvisamente l'opera delle mani e delle braccia; dove i desideri d' uno svariato godimento si accrescono mercè la coltura, mentre n'è negata la soddisfazione: ivi la grande sproporzione produce malessere e malcontento, e la cattiva disposizione dell'anima è l'origine di quelle teorie, che dirette contro tutto ciò che esiste, corrodono l' essenza etica, come se di tanti mali essa ne fosse colpa.E di ciò abbiamo degli esempi nelle dottrine socialistiche e comuniste, nella dottrina dell' emancipazione delle donne, e in altre simili. Cotali teorie acquistano la loro forza dalla libidine, che nascondono e che le inspira, e non da quell'atomo di verità,che in esse forse si trova.In tali circostanze il diritto cerca di garentire le condizioni, nelle quali il principio etico può conservarsi, mentre le leggi combattono direttamente e indirettamente il male. Nondimeno la loro forza repressiva è insufficiente, e il male si fa innanzi a loro dispetto. Quando le leggi si oppongono al male direttamente; esse colpiscono per lo più solo gli effetti, e raramente la loro radice: e con ciò non fanno che tagliar la testa all' idra, che si riproduce in maggior numero. Fa d'uopo di vincere moralmente ed eticamente la forza fisica, che irrompe per l'eccesso di popolazione e pel deprezziamento delle forze umane; e questo è il compito dei nostri tempi. Non è una vittoria etica sul male, di lasciare che la natura corregga la natura, come avviene colà, dove il male risana sè stesso, dove il soverchio numero degli uomini diminuisce mercè la fame, le malattie e la miseria, che diradano le masse, dove « la terra inghiotte quei figli che non può nudrire ». La miseria umana (all' istesso modo che la vita etica la quale se ne va a brandelli in tempi di pestilenza, quando gli uomini si veggono la morte d'innanzi agli occhi) corrompe la vita sociale,

Digitized by Google

avanti ch'ella finisca per morte. L'uomo rimane uomo soltanto, finchè ha un avvenire innanzi a se, e per quello lavora. Laonde la vita sociale deve curare le parti ammalate per mezzo della natura sana, che le è rimasta. Ciò avviene facilitando il commercio e cooperando a promuovere le emigrazioni, le leggi sui poveri, (quelle però che promuovono l'attività individuale) e la costruzione di quelle opere, che sono di pubblica utilità, come canali sotterranei (cloache), che rendono sano lo stato delle abitazioni, acquedotti, ecc. A raggiungere un tale scopo, importa anzi tutto coltivare i germi etici della famiglia, rinvigorire la forza naturale che risiede in essa (§ 130) mercè l'educazione, la quale, in opposizione al prezzo di mercato delle forze, conserva e mantien l'uomo come uomo. Alla domanda, come si possano menare i poveri all'umano vivere, non si può mai rispondere altrimenti, che con l'educazione e colla ginnastica delle forze. Tali germi etici spesso si sviluppano lontano dal suolo che gli ha prodotti, e sono il vero seme dello sviluppo umano, il quale, per esempio nelle emigrazioni, viene portato da uno in altro paese, umanamente conservando nella sventura la sua umana natura. Il diritto, il quale si eleva a garante di siffatte istituzioni, come nelle leggi sui poveri, nelle casse di risparmio, nelle associazioni di mutuo soccorso e nella istruzione obbligatoria, appartiene a sfere più elevate, ed è al di sopra della autarchia materiale di cui finora s' è trattato.

§ 171. Fin quì l'impulso all'autarchia si è presentato nell'elemento materiale. Le forze, completandosi, davano all'individuo una soddisfazione, che derivava dal tutto e che l'individuo per sè era incapace a raggiungere. Or questo medesimo impulso all'autarchia mediante l'unione, e questo stesso aumento mediante il completamento ha luogo nella vita spirituale.

Secondo una ricerca precedente (§ 38) intorno al lato subbiettivo del principio etico, la volontà, che è il fondamento personale del principio morale, ritorna nella sfera della Religione, la quale benchè sia il bisogno di ogni anima umana, pur non ottiene forma e forza che nella comunità.

La Religione non bisogna intenderla come qualcosa di pura-

Digitized by Google

mente teoretico e di rinchiuso nel sentimento; ma sebbene in quel punto motore, in cui la rappresentazione divina coincide coll'umano affetto. Il naturale ed universale legame della religione sta nel timore e nella speranza degli uomini. Questi affetti si presentano nel fondo dell'anima, fino nelle religioni più sviluppate, come una nota perenne, particolarmente il timore della morte e la speranza della vita, che variamente si congiungono ad altri sentimenti, come ad esempio a quello della colpa e della redenzione, e quindi ad un rapporto più elevato. La vita s'agita sempre fra il timore e la speranza. Il cristiano nei suoi sentimenti si muove fra il *memento mori* e il *memento vivere*, che la Chiesa contempla il Venerdì Santo e il giorno di Pasqua.

Se la Religione si vuol considerare generalmente, senza escludere da essa i principi pagani, bisogna riguardarla come una rappresentazione dipendente dalla speranza e dal timore che gli uomini hanno di una forza sovrumana. La rappresentazione di un ente sovrumano è a vero dire vaga; ma non si deve contentarsi di essa in grazia della sua universalità, nè si deve troppo precipitosamente introdurre il concetto di Dio, come dell'ente per sè, ovvero la dipendenza del finito dall'infinito. La rappresentazione di un ente sovrumano è sempre un germe capace di sviluppo, e che si svolge nella contemplazione (per esempio di un Platone) sino al concetto del Dio ottimo, ovvero che giunge fino all'incondizionato che regge tutto il condizionato, e si riflette sempre con più o meno purezza nel timore e nella speranza dell'uomo. Il timore e la speranza si piega tanto alla superstizione, all'adorazione dell'accidente, che alla profonda meditazione della coscienza. È dessa l'idea impellente nello sviluppo della religione, che si presenta nella storia del mondo e si ripete nell'individuo per trasformare mercè un più profondo concepimento dell'idea divina ed umana il timore naturale in rispetto verso la divinità, e la speranza naturale nella fiducia in Dio e nel conforto della Redenzione. Ogni religione, come religione, sottopone l'affetto umano ad un essere divino sentito; e in questo rapporto anche le religioni naturali racchiudono in sè un principio etico più elevato di esse stesse.

Digitized by Google

Per l' efficacia etica della religione è di una particolare importanza l'accendere, per quanto è possibile, una vita di riconoscenza verso Dio, e il destare un senso di più profondo compatimento verso gli uomini.

Egli è importante il riconoscere che l'uomo per sua natura è altrettanto superstizioso,quanto è per natura timido e fiducioso, e in particolare che la cieca paura determina l'associazione delle sue idee; perchè da ciò si rende più splendido il beneficio della religione spirituale, la quale abbatte la superstizione e la rimpiazza; e da ciò si spiega come anche nelle religioni spirituali spuntino sempre nuovi elementi di superstizioni e divengono quasi legittimi, come il monachismo, l'adorazione delle imagini, la magìa ecc.

Siccome la religione fa del pensiero di Dio come uno sprone agli affetti di timore e di speranza,ei s'intende facilmente perchè tra i popoli rimasti nell'immediata disciplina della loro religione non vi sia cosa tanto sensibile quanto la religione.

Ogni religione si sviluppa nella comunità ; perciocchè tutti gli uomini hanno comune il timore (che deriva dalla limitazione della natura umana) e la speranza (che poggia sull' umano elevamento). La pietà si anima nella comunanza, e in essa la religione si purifica.

In questa comunanza ogni religione crea delle norme, mercè le quali essa si mantiene, il diritto cioè che rivolge verso i suoi adepti. Questo diritto è speciale a seconda dello spirito speciale della religione.

Per apprezzare questo dritto nel suo valore etico, bisognerebbe considerare le differenze, colle quali si presenta lo spirito religioso nell'umanità; ma non è questo il luogo a ciò adatto. Converrebbe principalmente fare una ricerca per vedere se la religione, come religione naturale, contenga più un impulso fisico, che un principio etico, come pure se il suo spirito etico sia rivolto più alla legge e all'opera esterna, che alla fede interna. Anche nella sfera del cristianesimo il diritto s' informerà diversamente, secondocchè la chiesa, per l'idea d'una rappresentazione di Cristo in terra, fondi una teocrazia in una gerar-

Digitized by Google

chia monarchica, ovvero costituisca una teocrazia spirituale in Cristo, come capo invisibile della comunità.

In ogni religione e confessione il diritto del prete è una conseguenza dell'idea che essa si forma di lui; dall'idea della sua natura nascono insieme i suoi doveri e i suoi dritti: come per es. nel cristianesimo l' idea generale del sacerdote sarà di elevare a Dio gli affetti mediante il pensiero e il pensiero mediante gli affetti, e ciò dalle memorie storiche della chiesa, e dall'amministrazione dei sacramenti che servono a conciliare ed acquistare la divinità. Destinato a garentire al sacerdote le condizioni esterne della sua attività, il diritto, nei limiti ch'esso prescrive, deve nel tempo stesso prevenire il tralignamento che avviene, dove il sacerdote, anzichè la salute della comunità, ha di mira il suo imperio o il proprio interesse; perciocchè allora nasce la tendenza, come in ogni principio gerarchico, di trasformare la religione in superstizione e la fede in pregiudizio. Il vero diritto ecclesiastico garentisce l'idea del sacerdote (Priester) e la preserva dal pretaccio (Pfaff).

L'uomo si forma un concetto della divinità, che ha un valore in sè e per sè stesso. Quindi dove egli entra in un rapporto essenziale colla divinità, come avviene nelle religioni etiche, acquista per sè stesso un valore intrinseco; e come il suo amore, se acceso al fuoco divino, cessa di essere un amore mercenario, così pure egli stesso cessa nella religione di avere un semplice valore di mercato. Il lavoro materiale e il servigio nell'armata e negli uffici dello stato non comprendono l'uomo nella sua essenza come tale; egli è rispetto all'opera che à da compiere solo una forza passaggera, soltanto la piccola particella del gran tutto. Lo stato facilmente s'induce a riguardar l'uomo come la materia dei suoi scopi. Certi economisti designano persino l'anima dell'uomo come qualcosa di « rozzo e materiale » che mercè l'opera del maestro diviene « una forza produttiva ». Le religioni e le cofessioni etiche per lo contrario si studiano, sebbene in diversa misura, di garentir l' uomo come un tutto in sè. La chiesa effettua a pro' del tutto l'idea di animare eticamente l'individuo; e dove è riconosciuta, dà all'individuo la garenzia di essere riconosciuto come uomo, e di non volere come una sem-

Digitized by Google

plice forza naturale. Questo valore dell'uomo individuale viene espresso nel cristianesimo precipuamente nella gioia provata pel ritorno della pecorella smarrita all'ovile di Dio. Nell'universale torrente della storia e nella sorte generale dei popoli il cristianesimo tende a dare all'anima una base in sè, e a non abbandonarla, se non nel grembo di Dio. Così l'uomo, che altrimenti si sperderebbe nel gran tutto, rimane uomo in sè stesso, e lo stato, l'uomo in grande, non è uomo, se non mediante l'individuo.

§ 172. A giudicare dalla storia delle religioni e delle istituzioni religiose, egli è indubitato che la religione deve rivolgersi al compimento degl'individui mercè gl'individui. La rivelazione dell'idea divina parte dagl'individui, e gl'individui si sostengono a vicenda nel riconoscimento, nella suscettibilità e nel sentimento comune. Essi preservano la Parola, e si ravvivano scambievolmente in essa. Anche oggidì il missionario, sebbene egli stesso membro della chiesa che lo invia, si presenta come individuo fra gl'individui, e fonda la comunione nell'idea divina. Da ciò hanno origine le comunità religiose, che hanno lo scopo di ravvivare il sentimento umano nell'idea divina.

Questo concetto generale si presenta in forme speciali secondo la diversità dello spirito delle religioni e delle confessioni; così ad es. nella chiesa evangelica esso si presenta come una comunanza etica, in cui il Cristo istorico, attuandosi nella parola e nello spirito, ravviva i credenti come suoi membri. La chiesa pertanto, ad onta della sua origine determinata dal completamento degl' individui, non è un' associazione nata per comune accordo da un contratto; ma è bensì il prodotto della verità, che internamente unisce i cuori dei credenti, e da questo centro di un tutto preconcetto fa spuntare i suoi germogli. Sotto questo aspetto anche in questa costituzione organica il tutto precede la parte.

Inoltre il concetto dello stato, preso nel più ampio significato, richiede l' indirizzo etico della religione, ossia, per esprimersi cristianamente, richiede l' aiuto della chiesa come condizione della sua essenza; e ciò che da un lato è completamento degli individui, veduto dal punto dello stato, comparisce come organamento necessario di questo. Perciocchè se lo stato, nel senso

Digitized by Google

più lato della parola, è un uomo in grande, e tutti gl'indirizzi umani vivono in lui nell'unità dell'idea; la chiesa è l'organo vivificatore della volontà nell'idea divina, e la volontà che, per così dire, si realizza nella comunanza, è tanto più certamente un suo momento necessario, per quanto l'uomo individuale non diviene etico, se non mediante la sua volontà (§ 37). Ora poichè lo stato non si completa che nell'accordo del pensiero etico, così sembra che nel concetto dello stato completo si trovi l'accordo della religione, che è la radice del pensiero etico. Dove popolo e governo si accordano in una sola fede, ivi mercè lo stato si stringe un legame personale. Intanto fin'ora l'unità di religione e stato non si trova che in forme rudimentali ed imperfette. Negli stati sacerdotali, uno sviluppo delle forze umane lasciate libere ed un completamento interno dello stato sono inconcepibili. Dove lo stato mantiene una religione propria, esso incorre nella contraddizione di basare o di puntellare la fede interna sulla forza esterna, e la religione allora diviene oggetto di polizia e di dritto penale. L'unificazione completa di religione e di stato rimane, se pur mai sarà possibile, l'ideale dell'avvenire. La religione non è un prodotto dello stato, che racchiude e si assimila l'individualità specifica del popolo; essa è invece per sua natura universale, oltrepassa i confini d'un paese, e unisce i popoli in un proprio indirizzo del sentimento e del costume. L'unità di religione e di stato non potrebbe quindi verificarsi, che sopra di una base universale a tutti gli stati, sulla verità universale di una sola religione.

Poichè per l'universo mondo uno solo è il Dio e una sola l'idea divina, così la vera chiesa ha per sè la promessa della universalità. Ma il conseguimento di ciò è ben lontano, non solamente perchè l'idea divina è per sua natura la conoscenza più difficile, ma ancora perchè, se pur riconosciuta, la religione frangerebbe la sua luce una nelle svariate tinte, che son rese più chiare o più scure dal timore e dalla speranza degli uomini. Or si domanda: come mai lo stato, ad onta di ciò, ad onta della moltiplicità di fede, può giungere a costituire il suo spirito etico individuale?

Lo stato nelle sue leggi, nelle sue istituzioni e in coloro che

Digitized by Google

le amministrano pone l'impronta del suo spirito etico, ed è impossibile che l'elemento umano, che le anima, sia rimasto senza il pensiero etico, che ha in sè il sereno sentimento dell'idea divina. L'ultimo concepimento di ogni idea etica da colui che fonda le istituzioni e dal popolo che le accoglie torna involontariamente in sè stesso; e sotto questo aspetto lo stato ha un rapporto colla chiesa non esterno, ma dipendente dalla sua propria natura; e se la chiesa muove l'individuo a norma del carattere della sua idea speciale, colla sua autorità sull'anima acquista anche una tacita autorità sullo spirito della legislazione e dell'amministrazione. In ciò sta la sua speciale vocazione.

Ogni religione, ogni chiesa ha nondimeno per parte sua la tendenza a formare la vita mondana secondo quella unità, in cui comprende nell'affetto il principio divino ed umano; onde ne deriva che il diritto di una religione o di una chiesa non solo riesce in opposizione al diritto dell'altra, ma ancora alle norme dello stato. Però se la religione, e più particolarmente la chiesa, passando il limite di avvivare e di animare l'individuo, vuol porre le mani nel governo civile e politico; allora essa abbandona il circoscritto campo che le fu assegnato. Se la chiesa in questo rapporto agisse in opposizione dello stato, l'individualità dello stato sarebbe infranta. Quindi dove la chiesa, come autorità esterna, partendo da un principio estraneo, metta in pericolo la comunanza politica dello stato, od anche voglia farlo valere solamente come un suo raggio o segmento; lo stato allora sarà obbligato a preservare da essa la unità del suo spirito individuale. Non è lecito alla chiesa di andar contro allo stato, il quale a ragione segna legalmente i limiti, entro i quali ei si difende delle invasioni.

Dove per lo contrario la chiesa non bada che al suo compito interno, e si chiude nell'anima senza curarsi delle cose mondane, avviene facilmente che il lato mondano dello stato riduce sotto le sue leggi la libertà interna della chiesa e le sue necessarie manifestazioni. Lo stato non può nè introdurre una religione, nè eccitare una riforma; i sudditi non possono mettere la loro fede a disposizione dello stato. Non è lecito allo stato di andar contro alla chiesa; o più propriamente il lato

Digitized by Google

mondano dello stato deve ricordarsi dello spirito etico, senza di cui esso perde la sua dignità e il suo valore, e accordare alla chiesa il campo necessario per avvivare il principio etico col possesso e col sentimento del principio divino.

Da quanto si è detto risulta, che il solo giusto rapporto tra il lato mondano e il lato spirituale dello stato, o come suolsi dire comunemente, tra lo stato e la chiesa, è il loro accordo, la loro azione in comune, perchè la vita umana, nel significato più nobile, si ampli e perfezioni. La chiesa, sebbene più universale dello stato individuale, e perchè appunto in questa sua universalità possiede una certa vita autonoma, resta una condizione vitale dello stato, e non è giusto di chiamare stato solo il suo lato mondano—le sue leggi ed istituzioni esterne—e, di considerarlo come opposto ed ostile alla chiesa. Se, come si fa tra chiesa e stato, si mettesse egualmente in opposizione la scienza con lo stato, il commercio con lo stato, l'industria con lo stato, e, come spesso avviene tra stato e chiesa, vi sorgesse un conflitto; lo stato presto rimarrebbe esonerato. Lo stato, assolutamente diviso dalla chiesa, è un'entità vuota e deperisce spiritualmente, come lo stato assolutamente diviso dal commercio deperisce materialmente. La teoria della separazione della chiesa dallo stato sorge soltanto come estremo ripiego in tempi di conflitti irragionevoli, in tempi di esigenze ostinate sia da parte dello stato, che da parte della chiesa. L'uno ha bisogno dell'altra. La chiesa ha bisogno dello stato, affinchè le leggi esterne — l'etica energia dello stato, il braccio della mondana giustizia, le istituzioni civili — le preparino il suolo e le assicurino il campo della sua attività. Così lo stato alla sua volta ha bisogno della chiesa per ravvivare se stesso e i suoi membri sul fondamento più intimo della natura umana, e per premunirsi dalla rovina in cui lo precipiterebbe la sfrenata morale dell'amor proprio e del benessere egoistico (§ 23 e 24). Egli è di grande interesse alla salute dello stato il continuo travaglio della Chiesa a liberare gli uomini, che sono i membri di esso, dal carcere delle tendenze e del pensiero egoistico del momento, e a fondere il duro cuore egoistico nel sentimento dell'eternità. Per ciò lo stato, riconoscendo nel suo ordine esterno le solennità della Chiesa, rende

Digitized by Google

onore a Dio, concede alla Chiesa una giusta parte nella educazione e nella istruzione; la chiama in soccorso nell'amministrazione del dritto penale, dove importa di agire sulla intenzione che è il più intimo movente dell'azione, come ad esempio nelle istituzioni carcerarie, si fonda nel giuramento sulla fede germogliata e coltivata nella chiesa, e si accoppia nel dritto matrimoniale alla chiesa, la quale esige e tutela la santità del matrimonio (§ 131). È cosa nota, quanto sia difficile raggiungere l'accordo nei suddetti rapporti, e quanto difficilmente si trovino i limiti del diritto tra lo spirito speciale delle varie chiese, e tra queste e lo stato. Però la chiesa prudente e il savio stato, prima di separarsi e di non tenersi uniti che per forza, non lasceranno intentato alcun mezzo per venire all'accordo del reciproco diritto richiesto dallo scopo interno.

Rispetto alla tolleranza lo stato e la chiesa si trovano in un rapporto diverso, perciocchè lo stato in ciò può essere più largo della chiesa, la quale è tutta compenetrata nella sua dottrina.

La vera chiesa, nella sicurezza della propria fede, e nella piena coscienza della sua verità, a cui è promessa la spirituale vittoria, è per ciò appunto tollerante. Se è nella sua natura di ravvivare la coscienza, contraddice però l'indomabile pensiero, il quale per sè stesso è ritroso ad assoggettarsi alla fede. Quindi la tolleranza verso chi pensa diversamente sia nella chiesa che fuori di essa, non è un' apostasia, ma un riconoscimento del principio spirituale della religione. Certo che vuolsi lasciare alla chiesa il giudicare secondo la propria sua natura, quanto campo ella possa lasciare alla convinzione individuale, e fino a qual punto possa ascrivere i titubanti fra i suoi. Essa produrrà nel suo dominio un diritto, mercè il quale determinerà i limiti per la conservazione della sua entità.

Lo stato, che, compreso come un tutto, si compie nel principio etico, viene attratto per un' affinità interna alle religioni e alle confessioni, a misura che queste ravvivano più profondamente il sentimento etico col loro spirito individuale, che più corrisponde allo spirito nazionale; e da questo punto di vista la sua tolleranza non è indifferenza. Nondimeno consegue dalla natura interna della cosa, che i concetti di Dio e delle cose di-

Digitized by Google

vine, la fede e il culto interno non possono essere per le sue leggi oggetto di coercizione. La sua natura etica riposa particolarmente sull'onesta volontà di tutti. Il lato mondano dello stato rinunzia quindi a qualunque usurpazione in tale indirizzo; e lungi dal prestare il braccio ad una chiesa per siffatta coercizione, esso protegge anzi gl'individui contro pretese di simil fatta. Nella moltiplicità delle confessioni esso si appropria l'azione etica, che ciascuna ha nella propria sfera, e giudica fino a qual punto i suoi uffici, in relazione alla rispettiva idea, debbano essere occupati da tali, che appartengano ad una confessione o ad una religione speciale. Il limite della sua tolleranza è il limite della moralità; laonde dove una confessione agisce immoralmente, esso le vieta l'esercizio religioso. Resta però a vedere, se una tale disposizione sia poi veramente giusta, perciocchè egli è un fatto che tutte le intolleranze sostengono, che il loro zelo sia diretto sol contro l'immorale e il falso, che è la menzogna del malvagio contro l'eterna verità. In questo rapporto è importante di riconoscere per una necessità psicologica, che l'uomo naturale (il quale tende eternamente a conservarsi qual'è, e quindi a confermare e a riconoscere negli altri la sua propria opinione) produce in sè e per sè quella intolleranza, la cui natura è di riguardare e di rappresentarsi come un male l'opposta opinione altrui. Nella religione la opinione si traduce in affetto, e dall'affetto rimane suggellata quale verità; onde in cose di religione l'uomo naturale richiede con maggior forza e persistenza dagli altri la conferma e il riflesso della sua opinione; e dove ciò non avviene, ei non vede che malvagità, contro cui rivolge la sua persecuzione. Quindi dove l'uomo naturale non si rifà spiritualmente nella religione, riguarda naturalmente come eretico chi non pensa come lui; perciocchè per naturale associazione di idee egli non odia soltanto la opinione, perchè non sua, ma principalmente perchè in sè stessa cattiva. Ora se lo stato vuol avere un segno sicuro del vero in mezzo a questi riflessi che cercano di eluderlo, per rispondere alla domanda, se una religione od una confessione agisca eticamente, non ha che a rivolgere le sue indagini per vedere, se essa agevoli il compimento dell'idea dell'uomo nella sua unità

Digitized by Google

e nelle subordinate sue facoltà, e se renda con ciò più libera la forza creatrice della sua natura (§ 35).

Ann. — Se il concetto, che lo stato sia un uomo in grande, dovesse parere non adeguato nel luogo appunto, in cui la sua unità dovrebbe più esattamente confermarsi, cioè nella fede come unica radice della volontà; si osservi che la coesistenza delle varie religioni nel medesimo stato e il nesso delle idee e delle tendenze, che partono da questi centri spirituali, si ponno somigliare alla folla delle idee, che nell'individuo si agitano prima di uniformarsi al bene.

Ciascuno stato ha la possibilità di tollerare nel suo seno varie religioni, ma però in certi limiti. Così ad esempio, persino i liberi stati dell'America del Nord sentono (benchè fondati su molteplici confessioni) nei Mormoni un elemento intollerabile. Quando si eleva una contraddizione reale contro il suo spiriro etico, lo stato può sopportare quella religione estranea, fino a che possa sperare di trionfare senza violenza e di attirarla di fatto nel suo proprio spirito etico. L'intolleranza però non è mai un segno di forza nello stato. Veramente in quegli stati, che racchiudono in sè varie religioni e varie confessioni, si presenta un compito più vasto; e lo spirito delle sue leggi di fronte a questi molteplici riflessi diventa più universale. Quando gli aggregati di varie chiese coabitano nella stessa patria e sono influenzati dallo spirito delle medesime leggi, e nelle sfere più elevate dallo spirito della medesima educazione scientifica; si forma spontaneamente e naturalmente una fusione ed una comunanza etica, che lo stato deve proteggere colle sue leggi e difendere dall'intolleranza e dalla scissura che potrebbe nascere dal seno delle varie chiese. Non raramente lo spirito universale dello stato ha reso possibile la libertà fra i membri di una chiesa intollerante, assicurandola dalla potestà clericale, e procurando persino colla sua influenza morale il meglio della chiesa istessa.

§ 173. Per ciò che riguarda il Diritto Penale in rapporto alla Religione, lo stato abbandona ad ogni chiesa la disciplina interna fino al limite, in cui colle sue pene essa contraddice allo scopo interno, di ravvivare il principio etico; ed è per tal motivo che esso vieta l'inquisizione e i giudizi d'eresia. Perciocchè dalla natura istessa delle religioni segue, che il concetto di Dio e delle cose divine, la fede e il culto interno non

Digitized by Google

possono, nè debbono essere oggetto di coercizione esterna. Dove lo divennero, il fanatismo suppliva col cieco sentimento a ciò che all'accusa mancava di verità. L'inquisizione non può agire che mediante la paura e lo spavento; ella è necessariamente terrorista, e la sua via è segnata di torture e roghi, quali effetti naturali del suo infame scopo. Per lo stesso motivo lo stato si guarda dal prestare il suo braccio alla religione, quand'essa si cambia in superstizione, come nei processi di stregherie fatti con cecità e goffagini, e di accogliere nel diritto penale dei concetti derivati da idee religiose, ai quali manchi l'elemento più essenziale della reità, cioè il contenuto di un nesso causale comprovabile (§ 55).

Per lo contrario lo stato protegge colla sua legge l'azione etica che si attende da ogni religione, e accordando libero campo all'esame e alla dottrina, punisce ogni oltraggio di ciò che è sacro ad una religione, con tanta maggiore severità, in quanto ciò produrrebbe scandali e dissensi nel suo popolo. La base etica di ciò è più profonda, che l'infrazione dell'accordo, la quale dà impulso esterno alla legge.

L'oltraggio differisce dalla critica scientifica in ciò, che esso a differenza di questa è beffardo e derisorio; e quando avviene, fa scomparire il rispetto, che è il fondamento del principio etico. Quand'esso vien rintuzzato, si cela assai di rado un disprezzo ed uno sdegno in cuore, ch'è causa di altri e maggiori danni etici. Ond'è che la legge interviene essa stessa, e punisce sempre gli oltraggi arrecati ad una religione.

§ 174. La Religione, con tutto ciò che contiene di teoretico nella sua intuizione e pietà, ha un impulso pratico, perciocchè essa infonde i suoi concetti nel profondo sentimento dell'affetto; laddove la Scienza col suo principio pratico, che in se contiene o da cui prende il suo punto di partenza, ha un indirizzo teoretico. Quando il pensiero e la conoscenza si elevano al di sopra del primo ripiego e divengono consci della propria forza, si trasformano in scienza, che ha uno scopo in sè, coll'uniformare le cose allo spirito e col trasformare i ciechi fenomeni in leggi conscienti e l'accidente in necessità. Partendo da singolari ed elevati spiriti dell'umanità, la scienza

Digitized by Google

nelle identiche leggi delle cose e nelle identiche attività dello spirito annoda un legame umanitario, che supera tutti i dissensi delle nazioni.

Poichè la scienza svolge il vero, che è un elemento essenziale del buono (§ 37), e fonda l'autorità del pensiero al di sopra degli uomini e delle cose; quello stato sarà intimamente affine e propenso alla scienza, il quale comprende eticamente la propria natura. Il diritto della scienza, libera critica e libera compartecipazione, nasce dalla propria sua idea, e il dritto è anche quì in grazia del dovere. Senza libera critica non può esistere veruna scienza; essa è la condizione dell'origine di questa. La libera compartecipazione alla scienza è una garenzia della verità ed una via per abbattere l'errore. Sicchè come da questo lato essa è un diritto della scienza, l'è dall'altro un diritto di coloro, i quali vogliono prender parte al vero. La critica ha la sua misura nella natura del suo obbietto speciale, e la libera partecipazione negli scopi della critica e della istruzione. E ciò mostra quanto sia erroneo il far penetrare nella scienza principi estranei, per esempio, le tendenze politiche, per abusare in proprio vantaggio della libertà che a quella si spetta.

§ 175. Al modo istesso che la scienza cerca ed assicura il Vero, che è una parte essenziale del Bene; l'Arte crea il Bello, che è la rivelazione sensibile del Bene (§ 37). Essa sviluppa per sè quel lato, in cui la verità dell'ente, presentata alla intuizione, si rivolge al sentimento e si pone in armonia con esso, per modo che questo sentimento armonico del vero diviene scopo nei momenti della percezione. Se il bello si compie soltanto, allorchè in se racchiude e lascia intravedere il buono e il vero, se in ultima analisi la rappresentazione non diventa bello, se non quando è compenetrata dalla volontà e dal pensiero; in ciò trovasi il suo elemento etico, le cui condizioni il diritto deve garentire. Nata da un semplice giuoco, l'arte si completa nella severità etica, sia che presenti i fenomeni nella loro armonia, sia nel loro indirizzo a sentimenti più nobili ed elevati od anche nell'innocente piacere della discordanza del ridicolo. Mentre eleva il bello alla rappresentazione e al senti-

Digitized by Google

mento, essa serve al buono. Sta nella natura dell'arte di signoreggiare la consonanza momentanea, in modo da renderla stabile, e di tradurre il contenuto della vita in una consonanza efficace. Cogliendo nel momento che essa rappresenta il simbolo dell'idea, ovvero disponendo immediatamente il sentimento, ed eccitando con ciò il desiderio e la rappresentazione, l'arte compartecipa a molti ciò che è individuale, ed esercita con ciò una forza spirituale. È nella natura delle cose che l'arte prosperi solamente nella libera reciprocanza in cui essa eccita la suscettibilità dell'uomo colto e del popolo, e venga a sua volta eccitata da essi. Quindi il diritto garantirà all'arte la libertà di manifestazione in grazia del suo scopo, senza la quale questo non potrebbe compiersi.

Nondimeno anche l'arte ha i suoi traviamenti. Dove il bello si disgiunge dal vero e dal buono, e cerca soltanto l'eccitamento dei sensi, come nell'arte oscena, ovvero dove nelle sue produzioni ha una tendenza speciale e cerca il suo centro non in una idea propria, ma soltanto negativamente, come nel campo politico o religioso nelle caricature, che oltrepassano l'innocente scherzo e mancano di una serietà etica; allora l'arte oltrepassa i limiti della libertà e si pone fuori del proprio diritto, perchè fuori della propria idea. In tali casi è gran ventura se la società non ha bisogno della legge, essendo il costume abbastanza puro e retto per distruggerne gli effetti. Dove però il costume abbia bisogno di un forte sostegno nella legge, come nelle figure oscene, nel dispregio di ciò che è stimata cosa sacra, e tutto ciò mascherato dall'arte sotto l'apparenza dello scherzo; ivi importerà di garentire più la moralità del popolo, che la libertà di un'arte, che fa oltraggio al proprio scopo; e la legge penale deve raffrenare la sfacciata licenza, sempre però in modo da non cangiarsi in istrumento di eccitate passioni.

Dal competere alla scienza e all'arte il diritto della libera pubblicazione dei loro prodotti (fino a che questi adempiono alla loro missione) non consegue anche che si debba accordare agli scienziati e agli artisti il diritto del pubblico insegnamento; perchè questo può essere legato a condizioni sociali più elevate, essendo l'istruzione più universale che la pubblicazione di una

Digitized by Google

singola produzione, giacchè con essa si preparano i futuri membri dello stato.

Ann. Il diritto di editore connesso alla scienza e all'arte fu considerato più sopra come un dritto del commercio (§ 168).

c) *Il Regime* (Autorità).

§ 176. Di rincontro agli ordini speciali dello stato, che determinati specialmente dalle attività degli individui e dal loro vicendevole compimento, da quelle prendono nome; noi abbiamo bisogno ancora di un nome, che designi lo stato secondo le funzioni che partono dal tutto e che tutte le comprenda. Egli è vero che anche in questo senso si adopera la parola stato, nel significato più ristretto; ma poichè questa parola si adopera per il tutto in grande, che comprende quelle diverse sfere e le presuppone nella loro essenza (§ 150); ne nascono da questa duplicità di significato delle confusioni e degli equivoci, che dal linguaggio si traducono sovente nel concetto. Potrebbesi chiamare Governo questo lato universale dello stato; ma poichè anche questa parola ha un significato particolare di rincontro all'Amministrazione della Giustizia, così l'abbandoniamo, e scegliamo invece la parola affine e universale nelle lingue antiche di Regime.

Cercheremo dapprima le funzioni necessarie, senza di cui non vi potrebb'essere il tutto dello stato, e alle quali comunemente si appone il nome di Poteri dello Stato. Dopo che questi si saranno riconosciuti nel loro scopo interno, si vedrà che il modo con cui divengano unità ed agiscono reciprocamente, costituisce la natura specifica delle varie Costituzioni dello Stato. Importa dapprima determinarli in sè stessi, affinchè ne risulti l'elemento universale che deve trovarsi in ogni costituzione.

Ann. Si ha l'abitudine di prendere la parola Autorità in un senso più ristretto e limitato, e persino in un senso semplicemente locale. Però il senso vero nella sua estensione e grandezza sta in queste paro-

Digitized by Google

le: « ciascuno sia soggetto all'autorità che ha potere su di lui » (ἐξουσίαις ὑπερεχούσαις *Rom.* XIII, 1).

§ 177. Lo stato comprende il popolo, che emana dai molti, nel tutto di una persona, e lo stato fra gli stati è una persona tra le persone. La sua autocoscienza, comprendendo tutti in un centro, risiede come volontà dell'unità nel Governo, il quale agisce, secondo il bisogno individuale del tutto, come guida nelle cose interne e come indirizzo nelle esterne. Senza governo non vi è stato; esso si dissolverebbe, perchè impotenza del centro, in anarchia. Questa volontà dell'unità si presenta, ovunque si costituisce uno stato, sia che s'imponga autocraticamente, sia che venga costituito dalla moltitudine. La conservazione e l'ampliamento di sè, all'istesso modo che per ogni ente individuale, è per il tutto sì nell'interno che nell'esterno il compito, a cui continuamente si rivolgono i pensieri del governo, e che esso, similmente all'individuo, deve risolvere eticamente.

Poichè la volontà del governo è talvolta contrariata parte dalla volontà degli individui, isolati o uniti, parte dalla volontà di altri stati; così ne avviene che esso per vincere questa resistenza ha bisogno della forza, la quale, come suprema espressione della sua volontà, si presenta nella Forza armata, che in servizio dell'ordine internamente e dell'indipendenza esternamente, raggiunge nella nazione lo scopo di tener pronto al volere dell'unità il massimo vigore possibile della coazione, e a tal uopo educa all'impavida azione il vigore degl'individui. La forza armata porge la sua forte mano alla giurisdizione dello stato, senza di cui non vi ha stato, perchè questo mercè l'esercito acquista fiducia in sè stesso, e incute timore e rispetto agli altri stati. Donde consegue che accanto alla sapienza del governo deve stare il valore dell'armata, e che le prime e più necessarie funzioni del Regime sono Governo e Forza armata.

Ma lo sviluppo si spinge ancora più oltre, e fa germogliare con forme proprie e indipendenti ciò che era inviluppato nel governo, e che talvolta, come negli stati patriarcali, era in esso confuso; per esempio, la Legislazione e l'Amministrazione della Giustizia. Si potrebbe chiedere quale

Digitized by Google

delle due sia nata prima, se la Legislazione, che rivela la volontà del tutto come volontà universale, o l'Amministrazione della Giustizia, la quale, spinta da rapporti offesi, pronunzia che cosa sia il giusto. Chi osserva come ogni movimento provenga dall'inerente bisogno dell'individuo, ammetterà il giudice come esistente prima ancora dell'annunziato principio universale, il quale era chiamato a trovare dai rapporti divenuti etici le norme conservatrici pei singoli casi. E dalla medesima origine e dallo stesso bisogno di rapporti dati e fra loro affini ne deriva, che il diritto consuetudinario sia nato prima della legge scritta. Però questa considerazione è soltanto una considerazione di successione nell'origine di tempo. Il bisogno di un diritto eguale per tutti e la natura di universalità che sta in ogni volontà, e doppiamente nella volontà del tutto, producono la Legislazione con egual forza di necessità. Essa stabilisce le norme universali per le quali solamente è possibile la conservazione del principio etico, sia che tali norme riguardino il rapporto degl'individui tra di loro, sia che riguardino il rapporto del tutto coll'individuo e viceversa. Ora il giudice non ricava più il diritto dal caso e dallo esame dei rapporti, ma riconduce il caso al dato universale. Gl'individui di uno stato hanno in questa universalità la loro coscienza comune come in una forza che s'impone. Lo stato esercita nella Legislazione la sua giustizia ordinatrice e nell'Amministrazione della Giustizia la sua giustizia tutelatrice, quella con sapienza, questa con conseguenza.

Donde nascono quattro funzioni, le quali, fondate in propri scopi, si formano il loro proprio centro nel Regime, cioè a dire il Governo e il Potere Militare, la Legislazione e l'Amministrazione della Giustizia. Se queste funzioni si son chiamate poteri, il nome porta facilmente ad attribuir loro una entità che essi non hanno in sè e per sè. In essi tutti vi ha un solo potere, il potere dello stato, e nel più alto come nel più basso ufficio, che si forma nell'organamento di questi poteri, vi è sempre una sola forza, la forza del tutto. Ciascuna delle quattro funzioni viene perfezionata e vivificata da una speciale virtù, l'una dalla sapienza, l'altra dal valore, e la terza e la quarta dalla giu-

Digitized by Google

stizia ordinatrice e tutrice; e il diritto speciale, che si forma in queste sfere, ha la sua condizione immanente in questi centri etici, poichè esso è destinato a conservare le condizioni, entro le quali solamente esse sono possibili.

Se lo stato è persona, e la persona è volontà; se in opposizione alla moltiplicità dei dati indirizzi individuali il Regime forma questa volontà del tutto; ei ne deriva che le notate quattro funzioni, il Governo e il Potere militare, la Legislazione e l'Amministrazione della Giustizia, emanano dalla natura speciale dello stato; poichè ei sta nella volontà, che essa r e g g a la propria vita; sta in essa (in quanto il pensiero la determina, e quindi la distingue dai ciechi appetiti), l'universalità del pensiero, il quale è rivolto interiormente alla L e g i s l a z i o n e; sta nella nozione della volontà la conseguenza, che si manifesta nell'A m m i n i s t r a z i o n e d e l l a G i u s t i z i a che applica l'universale, e finalmente che procacci e si sforzi di vincere gli ostacoli, ciò che è espresso nel P o t e r e M i l i t a r e.

Ann. Contrariamente al concetto di queste quattro funzioni, che si distinguono in ogni stato, perchè scaturiscono dalla natura stessa delle cose, si enumerano usualmente tre poteri, il legislativo il giudiziario e l'esecutivo. A r i s t o t i l e (Politica IV, 14 e seg.) già comprese nello stato il potere deliberante, i magistrati e le funzioni giudiziarie.

A provare l'inclusa necessità dei tre citati poteri, Kant (*metaphysische Aufangsgründe der Rechtslehre* 1797 § 45 Ediz. di Rosenkranz pag. 158) li comparò al sillogismo pratico, il quale in sè contiene tre proposizioni corrispondenti ai tre poteri. « Ogni stato » dic'egli « racchiude in sè tre poteri, cioè l'unità universale della volontà in triplice persona: il potere sovrano (Sovranità) nella persona del legislatore, il potere esecutivo nella persona del governante (uniformemente alla legge) e il potere giudicante (come aggiudicazione del suo di ciascuno secondo la legge) nella persona del giudice, similmente alle tre proposizioni di un sillogismo pratico, alla maggiore, che contiene la legge di una volontà, alla minore, che contiene il precetto dell'applicazione secondo la legge, cioè il principio della sossunzione, ed alla conclusione, che racchiude la pronunciazione di ciò che nel caso presente è di diritto cioè la sentenza. La

Digitized by Google

sorgente di ciò che è necessario e speciale non sta in una universalità logica, che Kant cerca in questo luogo e taluno dei seguaci eslusivamente; ma nasce là, dove lo specifico s'innesta coll'universale. Laonde una tale analogia logica manda invero un' abbagliante luce, ma impedisce di riconoscere la conformazione reale della cosa. Nella similitudine di Kant egli è difficile a pensare, come il potere esecutivo debba corrispondere alla minore, in cui è dato il principio della sossunzione e il potere giudiziario soltanto alla conclusione. Perchè ciò non è chiaro, altri ha invertito il rapporto, e messo piuttosto il potere giudiziario al luogo della minore sossuntiva e l'esecutivo al luogo della conclusione. Il potere governativo, benchè moventesi entro la sfera delle leggi, non si riassume affatto in un'attivi à sossuntiva; ma invece, come avviene nell' amministrazione e nella politica, deve trarre le sue disposizioni dalla natura delle più minute specialità.

Lo scritto di C. Frantz: *Vorschule zur Physiologie der Staaten*, Berlino 1857, tanto abbondante di osservazioni positive, distingue nello stato quattro poteri, il potere governativo, il potere legislativo, il potere militare, il potere giudiziario. Se si volesse all'incontro, come si suol fare, comprendere la forza militare nel potere esecutivo, si cancellerebbe la distinzione che sta nell'indirizzo dei compiti che si attuano l' uno in contraddizione dell'altro e nello spirito della cosa. L'uso comune del linguaggio distingue impiegati, giudici e soldati, e non li confonde facilmente, poichè ciascuno di essi è legato ad un dovere particolare dello stato; e se per coloro cui la legislazione è affidata manca un nome altrettanto distinto e di uso; la coscienza esprime forse nel difetto, che Governo e Legislazione sono strettamente connessi.

a) *Governo.*

§ 178. I vari poteri dello stato da principio si compendiano nel Governo come in un indistinto germe, finchè la Legislazione, l'Amministrazione della Giustizia e l' Ordinamento Militare mediante lo sviluppo dei loro scopi non vi si distaccano, e la Legislazione non si pone al di sopra di tutti. Questa originaria unità si rivela anche nello stato sviluppato in qualche punto, specialmente nel dritto di nomina che al Governo, come rappresentante dell'unità, resta delle persone da impie-

Digitized by Google

gare nelle coordinate sfere. Dall'azione reciproca, in cui le funzioni divenute autonome devono mantenersi verso di esse e tra di loro, nascono delle difficoltà per determinare i limiti, entro i quali ciascuna di esse può compiere il suo proprio compito a pro' del tutto, e quindi delle importanti quistioni circa la determinazione di tali confini. Inoltre quando il Governo rappresenta il tutto, e partendo dal tutto, mette mano nel campo individuale e adopera gl'individui a pro' del tutto, di modo che gl'individui si debbano sempre accordare col gran tutto; nasce dall'altro lato la domanda principale, quali attività debbano emanare dal governo, e quali essere lasciate agl' individui. Il bene del tutto e la libertà degl'individui, la forza del tutto e le attività produttive degl'individui possono trovarsi perciò in pericolosi conflitti. A queste due questioni non si può rispondere che coi punti di vista generali, che debbono guidare la soluzione del quesito secondo i vari gradi dello sviluppo dello stato e secondo le variabili circostanze del tempo.

§ 179. Esamineremo dapprima l' accennato Rapporto tra il Governo, rappresentante il tutto, e gli Individui.

Il Governo amministra. In opposizione della legge e del comando che impongono alla volontà, l'amministrazione è una cura, cura dei beni materiali e intellettuali, e sta nella natura della cura di cercare i germi del bene e di mettere quelli che si son trovati nelle condizioni loro speciali di accrescimento e di prosperità, affinchè compiano ciò che in essi si acchiude, e prestino quanto più essi possono. L'Amministrazione pertanto è essenzialmente legata alla natura dell'obbietto alle cui leggi essa deve obbedire e adottarsi, e ai mezzi che ella trova negli uomini. Il Governo però rimane fedele nella sua amministrazione alla suprema idea (§ 40) di perfezionare talmente l'uomo in grande, che gl'individui, dai quali esso è prodotto e formato, possano pure in sè stessi perfezionarsi come uomini. Esso dirige lo scopo di questo benessere etico, la sapienza e la benignità, che sono la vera base etica dell'amministrazione, dalla quale e per la quale nascono i suoi doveri e i suoi diritti. La sua sapienza deriva dalla piena intelligenza del tutto, che egli solo può avere, e la sua benevolenza dal sentimento di quell'in-

Digitized by Google

tima unità, in cui le parti fino agli ultimi individui stanno col tutto.

Nell' Amministrazione si riscontrano due massime opposte, delle quali l' una pretende che gl' individui nelle loro attività sieno guidati, per quanto è possibile, dal tutto, e l'altra che sieno, per quanto è possibile, abbandonati a sè stessi. Ciascuna di queste massime è designata dall'altra con un nome di biasimo; l' una come sistema di tutela, e l' altra come sistema del lasciar fare. La prima ha più fiducia nell'intelligenza del tutto e nella forza di un decreto governativo, che nella volontà e nella intelligenza degli individui, e l'altra soltanto nella forza creatrice degl'individui, nell'energia del loro egoismo e nella rivalità delle forze, eccitate dal proprio interesse, le quali non impedite e abbandonate a sè stesse, produranno nella reciprocanza delle loro azioni il meglio possibile (conf. § 155). Quest'ultima opinione non domanda nello stato altra preveggenza, che quella di provvide leggi generali e lo sguardo degli individui fatto acuto dall'istinto della propria conservazione. Essa ripone quindi la sapienza del governo nell'osservare e lasciar fare; e mentre non chiede dallo stato che la protezione del diritto e con ciò la libertà, dissolve l'amministrazione del tutto nella rivalità degl'individui.

Nondimeno questa opinione dell'assoluto lasciar fare sembra di avere la sua ragione soltanto nella opinione opposta dell'assoluta tutela, la quale pone in pericolo l' individuale indipendenza. Le leggi sono di loro natura così generali, che molti casi speciali e concreti, quando non si limitano a vietare, esigono nell'applicazione dei decreti, i quali in mezzo al generale non devono perdere di vista il particolare; e intanto uno sguardo preveggente non è possibile, che dal punto del tutto. Quando lo stato si determina soltanto come stato di dritto (§ 151); allora all'amministrazione bisognerà imporre limiti più ristretti, senza però toglierle la cura a premunirsi da quelle circostanze, le quali non sono in potere degl'individui come tali. Cotale disposizione diretta contro gl' incendi e le inondazioni, le carestie e le epidemie, non è che negativa, sebbene contenga il caso concreto, pel quale la necessità dell' amministrazione si

Digitized by Google

presenta anche dal punto di vista individuale. Importerà adunque determinare anche positivamente le attività che non possono partire che dal tutto e la cura delle quali deve pertanto essere imposta all'amministrazione.

Se la questione è posta in questi termini: quali attività sieno meglio esercitate dal tutto amministrativo che dall'impulso dei privati; la risposta varierà a seconda delle circostanze. Vi hanno però degl'indirizzi, i quali per non tralignare, non possono per loro natura essere abbandonati ai soli privati. Lo sguardo dell'individuo viene limitato nelle ristrette sfere, in cui il suo interesse si muove, e la sua energia si eccita solo pel suo proprio meglio. La volontà dell'individuo è il proprio vantaggio, che nella necessaria reciprocanza d' azione cogli altri diviene tutto al più la morale del ben inteso interesse (§ 24). Ma vi ha però qual cosa di più nobile che emana dal tutto e per cui lavora la sapienza e la benevolenza del governo. Prima e sopra ogni cosa si presenta la conservazione spirituale ed etica della patria, la quale si raggiunge soltanto mercè la cura, che la volontà e lo spirito etico del tutto, opposto all'egoismo degl'individui, si trasfonde nella generazione avvenire e si mantien sempre viva negli adulti (§ 132 § 172). Inoltre vi sono delle conoscenze, che sono solamente possibili al governo, nominatamente quella conoscenza comprensiva, la quale, come nella statistica, deriva dall'esatta osservazione dei molteplici e singoli indirizzi nel tutto. Al governo spetta non solo di far sue queste cognizioni, ma altresì di renderle un bene comune, qualora sieno idonee e atte a riavvivare le attività degl' individui. Su tale cognizione poggia la sapienza delle leggi, il cui progetto spetta essenzialmente al governo. Il giudicare equamente il tutto della nazione e d'altri stati, e il difendere nella lotta dei popoli le forze del proprio paese è un compito che oltrepassa le viste egoistiche degl'individui. Il governo ha in questo indirizzo un compito speciale. Lo stato deve regolare la sua vita come se dovesse durare eternamente, e ha da guardare più in là delle corteviste degl' individui, i quali non mirano che al maggior aumento possibile della propria vita o di quella dei loro figliuoli. Lo stato pensa alla burrasca nei giorni di buon tempo,

Digitized by Google

cosa che gli uomini raramente fanno. Esso cerca di procacciare al tutto i migliori ordinamenti, che per lo contrario l'egoismo degl'individui si compiace di rivolgere esclusivamente a suo utile e che perciò non possono essere abbandonati al loro giudizio. In quest'indirizzi, come nel rendere coltivabile il suolo, nell'economia forestale, nell'aprire strade commerciali, nei provvedimenti per la difesa dello stato, si presenta un campo di attività, che deve necessariamente spettare al governo. Se compito del governo si è di eccitare e spingere gl'individui a certe attività generali, acciocchè col tutto anche gl'individui progrediscano umanamente, ciò non potrà aver luogo, che in misure assai ristrette e su vie tassativamente determinate, perciocchè ciò paralizza la energia personale dell' attività e quella compiacenza vivificatrice inerente ad ogni libero lavoro. Importa conservare per un'azione indiretta i limiti, entro i quali l'indole e le tendenze individuali cercano le proprie vie (conf. § 159); importa prevenire ciò che può essere nocivo ad eccitare le forze e bisogna procacciare una libera carriera a tutto ciò che è salutare.

La tendenza del tutto a procacciare il benessere fisico e morale, che secondo quanto si è detto costituisce l'essenza del governo, si riferisce a tutte le sfere speciali dello stato già designate (§ 162 e seg.), in cui l'amministrazione (Polizia nel senso più lato) troverà i suoi particolari obbietti. Essa esercita il suo ufficio da un lato guidando e coadiuvando attivamente gl'individui col mezzo del tutto, e dall'altro prevenendo e limitando gl'individui a pro' del tutto. In luogo della tutela, essa procurerà di promuovere l'educazione individuale, e in luogo del lasciar fare (per cui non si pensa che al proprio utile), cercherà raggiungere il proprio scopo, consultansi e intendendosi cogl'individui. Laonde contemperando l'esigenza della cosa in sè colla condizione speciale della storia e dei tempi, il governo unirà la doppia massima del guidare e del lasciar fare. Per tali idee esso esegue i suoi doveri, e per i suoi doveri ha i suoi estesi diritti.

§ 180. Il Governo, come rapppesentante dell'unità, ha il compito di rapportare tutte le cose al centro del tutto. Esso però centralizza nel senso peggiore e meccanico della parola, quando

Digitized by Google

colla prepotenza dell'ultimo centro comprime il centro individuale della vita comune, o trascura di coltivare il germe della vita comune nelle sfere particolari; quando non fa che comprimere gli ordini speciali in luogo di ravvivarli.

Secondo i particolari scopi delle diverse associazioni individuali si formano naturalmente fra i molteplici isolamenti degl'individui e l'ultima unità del tutto dei tutti minori, delle comunità particolari. Partendo dagl'individui, esse sembrano dapprima quasi un loro Afforzamento. Però ei bisogna accogliere in modo queste formazioni nell'ultimo tutto, da divenire veri membri intermedi, che nella ricca vita individuale uniscano lo spirito del tutto colla forza dei singoli. Siffatti membri intermedi sono le Corporazioni, in parte i comuni che abbracciano tutta la vita locale, quasi stati in miniatura, in parte associazioni con scopi particolari, come chiese, università, maestranze (§ 117). Questa seconda specie prenderà una forma tanto più importante, quanto più ne sarà profondo lo scopo interno, quanto più si diramerà tra i consoci in organi speciali. Le Corporazioni veramente hanno origine da scopi particolari; ma non possono durare però che nell'universale. I loro diritti emanano dalla generalità e in grazia dei doveri che nel loro scopo particolare hanno verso il tutto. Una costituzione può essere caratterizzata dal vincolo più o meno stretto, con cui stringe le corporazioni. Dove queste o mancano nello stato, o vi sono, ma con grande restrinzione, dove gl'individui rimangono isolati e non vengono accolti in un tutto più elevato e pure a loro proprio, colà ciascuno si sente come abbandonato e senza punto d'appoggio, e non riguarda lo stato, che come una pressione e un peso. Lo stato per lo contrario, il quale nelle corporazioni riconosce degli scopi speciali, e per tali scopi interni le lascia agire di per sè, acquista in esse dei membri, e non delle pure forze addizionate.

La costituzione delle Corporazioni dovrà essere disposta in modo, che lo sviluppo dell'oggetto speciale, per cui esistono, e la soddisfazione delle persone vadano di concerto, e che lo stato si trovi sempre in caso di ravvivarle, affinchè nè l'andazzo, nè l'interesse egoistico, cose che facilmente vi s'insinuano, le cor-

Digitized by Google

rompa. Se la Corporazione agisce, come agir dovrebbe, promovendo cioè il lavoro ed elevando nel suo scopo e nella sua storia la vita del singolo al di là di se stesso; essa educa, così facendo, allo spirito comune, e spinge l'individuo in un tutto più elevato. La sapienza e la benevolenza, che sono lo spirito etico di ogni amministrazione, dovrà ripetersi anche nella costituzione delle Corporazioni in proporzione minore ed in isfere più ristrette; e lo stato che prende cura delle corporazioni nel loro giusto senso, desta nel popolo queste virtù, le quali compiono una parte della sua essenza.

La difficoltà più speciale nel diritto delle Corporazioni sta nel punto di contatto tra il potere del governo e il libero movimento delle Associazioni. La sapienza del governo e la prudenza delle corporazioni si rivelano nel loro accordo. Vi devono essere delle leggi che da un lato garantiscano il libero movimento delle corporazioni e il loro scopo riconosciuto, e che dall'altro prevengano o respingano ogni violazione sotto l'apparenza di questo scopo, ogni invasione nella sfera dello stato, ogni disaccordo collo spirito universale della legge. Il diritto emana dall'idea del tutto, dall'idea degli ordini speciali e dalla loro forma reciproca di superiorità e di subordinazione. Quanto più autonoma è la vita delle corporazioni, com'è per esempio la Chiesa, quanto più i suoi organi sono indipendenti dallo stato, quanto più possentemente esse dispongono dei loro membri, e quanto più hanno un centro compatto di volontà fuori dello stato, come per esempio la chiesa cattolica e i suoi ordini; tanto è più difficile trovare il diritto nei punti di contatto, ma è tanto più importante di scrupolosamente tutelare ciò che si è trovato di giusto (conf. § 172).

§ 181. Più sopra (§ 179) furono designate le attività, che, per ben riuscire, debbono partire dal tutto come tale. Da ciò ne deriva, che lo stato, per sua natura, non solamente deve cercare nei suoi amministratori dottrina e benevolenza, ma altresì fare in modo che la dottrina e la benevolenza diventino nelle leggi lo spirito durevole della comunanza. A ciò concorre il governo e la legislazione, che sono per gli stati più sviluppati due distinte funzioni del tutto.

Digitized by Google

Le leggi sono generali e sempre lungi dalla specialità dei casi concreti, di cui esse debbono divenire norma ed entità. Laonde spetta al governo, entro i limiti che le leggi gli lasciano, di trarre dalla contemplazione ed esperienza dei casi particolari quegli ordinamenti, che nelle date circostanze assicurano l'applicazione più opportuna, e di emettere dei decreti, che rendono feconde le leggi nel loro proprio spirito. Troppo contraddirebbe all'onesto carattere e allo spirito di unità con cui lo stato, come uomo « canonico » deve guidare il suo governo, se l'amministrazione partisse da altri punti di vista, che non dalla legge, e se, mercè i suoi decreti che danno norma all'applicazione, cercasse di indebolire o d'impedire l'attuazione della legge. Siffatto raggiro dei decreti contro le leggi è il segno caratteristico di un' amministrazione meschina e debole. Nei decreti esecutivi del governo deve quindi trovarsi la stessa sapienza e la stessa benevolenza del legislatore, fino a che le leggi, nella misura della loro peculiarità, agiscano quanto giustamente è possibile.

Dovrà inoltre essere oggetto principale del governo il preparare e proporre le leggi, poichè solamente il governo ha una posizione universale, e solo in sua mano stanno i mezzi per conoscere vastamente e profondamente ciò che deve essere fondamento delle leggi. Negl'individui, rappresentati nelle assemblee legislative, può bensì essere sentito più vivamente che nel centro il bisogno di una legge; ma l' adeguato equilibrio spetta pur sempre al governo, il quale custodisce nel centro, come in un punto di incontrastata eguaglianza, la vacillante ragione del tutto. Nella volontà della Legislazione il Governo è principalmente la ragion pratica. Quando il Governo, (come si tenta di fare dalla gelosia repubblicana) non è altro che il potere esecutivo, l'esecutore di leggi a lui estranee, lo strumento meccanico della legislazione e dei tribunali; l'amministrazione divien vuota, si toglie alla legislazione il suo spirito etico, e facilmente avviene che il governo, natural custode della legge, si rivolga contro di essa e faccia cosa comune coi partiti che a lei sono contrari.

Il Governo infine deve rivolgere il suo sguardo sempre al con-

Digitized by Google

creto, contro al quale, nello sviluppo sempre variante e nel cangiamento delle cose prodotto dagli avvenimenti esterni, la legge rimane sempre difettosa ad onta della sua previdenza. Quindi esso sta a lato della legge, intento a colmare le lacune e a toglierne i difetti. Allo scoppio improvviso d' impreveduti pericoli, esso ha il dovere e, a condizioni preventivamente determinate, il diritto di mettere in vigore o di abbrogare temporaneamente delle leggi. La forza degli avvenimenti può perfino spingere ad affidare le redini dello stato per un dato tempo passaggero ad una sola ed illimitata volontà (Dittatori, *Aisymneten*). Nei perigli di tali movimenti, difficilmente preveduti dalle costituzioni regolatrici, ricomparisce quell'originaria unità di poteri, da cui emanò lo stato nel suo sviluppo.

§ 182. Amministrazione e Amministrazione di Giustizia, Polizia e Giustizia si trovano spesso in conflitto, quando invadono la giurisdizione, che loro spetta.

Egli è una tendenza dell' amministrazione di estendere o di restringere il senso e l'applicazione delle leggi secondo l'esigenza di un dato caso; laddove l'amministrazione della giustizia tende per lo contrario a deffinire il particolare secondo il senso della lettera scritta del generale. In entrambe v'è una tendenza di traviamento.

Un'altra differenza sta nella natura speciale dell'amministrazione e della giustizia; poichè mentre la polizia intende a prevenire le trasgressioni, la giustizia punisce il reato commesso, mentre l'una chiede la Prevenzione l'altra esige la Repressione. Donde la diversa opinione, se per far fronte al male nei reati di stampa convenga meglio la censura preventiva che le leggi repressive, e se per la prostituzione sia più proficua una prudente sorveglianza, che la relativa punizione per cagionata infezione. A prima vista potrebbe sembrare che la polizia preventiva fosse più sicura della giustizia retrospettiva. Ma non è così; poichè la minaccia della severa legge penale è la migliore prevenzione a tener lontano dal male, e poichè l' applicazione della pena, che nel caso speciale non è che un provvedimento posteriore, esercita, mercè i suoi durevoli effetti, nella coscienza generale una forza salutarmente preventiva. Ol-

Digitized by Google

tre a ciò la legge repressiva educa ad una libertà emancipata, laddove la polizia preventiva sostituisce il giudizio altrui al proprio. Tali considerazioni hanno fatto prevalere negli stati di avanzato sviluppo le misure repressive sulle preventive. Al sentimento di libertà individuale ripugna l'ingerirsi continuo della prevenzione dello stato, il quale a misura che limita la prevenzione e concede agl'individui un libero movimento, deve estendere la repressione e punire più severamente l'abuso della libertà.

Conviene inoltre non perdere di vista ciò che vi ha di relativo in ciò. Pei delitti comuni la vigilanza preventiva deve andar di pari passo colla punizione che immediatamente segue. In tempi tranquilli la repressione avrà un campo più vasto, laddove in tempi di agitazione sarà necessaria la prevenzione. Egli è più ragionevole spegnere il tizzone prima che incendi la città, che punire dipoi l' incendiate. Se in mezzo alle moltitudini eccitate e in tempi di agitazioni una falsa novella ha la forza di un tizzone, sarà più prudente prevenirne la propagazione che s'insinua nella moltitudine come una miccia, che di far poi giustizia contro colui che la propagò. Per ciò in tempi di stato d'assedio non vi ha da essere libertà di stampa. Alla sorveglianza preventiva sulla prostituzione, che abbassa la dignità dello stato, perchè fa concessioni al vizio e mette mano in quelle lordure, si giunge soltanto allora, quando non si ha il coraggio o si riconosce impossibile di punire col rigore delle leggi repressive la diffusione dell'infezione dolosa senza eccezione di gentiluomini o plebei.

All' istesso modo che ogni salutare sviluppo può avere dei cattivi effetti secondari, (i quali si rivelano come un male che va pedissequo al bene, e quindi richieggono una nuova forma di repressione); si presenta altresì come un cattivo effetto indiretto della separazione in propri e speciali campi del governo e dell'amministrazione della giustizia la lotta che sorge tra essi per la competenza, lotta che costituisce appunto il così detto Conflitto di Competenza. Può sorgere cioè in certi casi, in cui i caratteri distintivi sieno dubbi, la quistione, se un dato fatto (per esempio le trasgressioni degl'impiegati, l'esecuzione di ordi-

Digitized by Google

nanze amministrative, le azioni d'indennizzo contro lo stato, le espropriazioni e simili) sia di competenza dei tribunali, ovvero spetti alla decisione del governo. Tali casi dubbiosi voglionsi possibilmente prevenire mercè disposizioni stabili e preveggenti; perciocchè essi possono indurre il popolo nell'incerta opinione, che il medesimo stato possa avere doppia ed ineguale misura di giustizia, come se la legalità stesse in opposizione coll'interesse del governo, come se lo stesso stato litigasse del dritto con sè medesimo. Dove un tal conflitto non possa evitarsi, sia perchè governo e tribunali avochino a sè il medesimo caso, sia perchè entrambi lo rifiutino addossandolo all'altro, ei fa d'uopo per la decisione di una autorità imparziale e indipendente.

§ 183. Il governo, che rappresenta l'unità, è, uniformemente al suo concetto, il Custode degli uffici, il garante degli ordinamenti dello stato. Perciocchè da quello scopo unico, che nello stato si dirama in tante forme, nascono tutti quegli organi che gli servono, e invero con tale necessità, che la relazione degl'impiegati verso lo stato non è il semplice obbligo di una nuda confidenza, ma di una natura più immanente.

In ogni ufficio vive, come sua anima, una propria idea; e per colui che è rivestito di un ufficio è una soddisfazione ed un' elevamento etico il trasfondersi in cotest' anime. « L' uomo s' ingrandisce nei suoi scopi più elevati ». Quando lo stato ha degl'impiegati, che placidamente esercitano l'etica del loro ufficio, quando pertanto il popolo sente intorno a sè le idee della giustizia e del valore, del timor di Dio e della sapienza, e le rimira quasi inscientemente in coloro che sono investiti degli uffici; lo stato si rivela nell' etica sua elevatezza e nella sua forza educativa. Un cattivo impiegato per lo contrario scema per parte sua nello stato l' etico prestigio.

Il governo, sorvegliando la matura preparazione e la prova di abilità ad un ufficio con una giustizia eguale per tutti, provvede coi lumi dell' esperienza e della coscienza, acciò ciascuno giunga al posto a lui adatto; e nulla meglio di ciò può far progredire il benessere dello stato e della nazione. Potendo avvenire che si trovi in contraddizione tra il dovere d'ufficio e il riguardo che deve all'impiegato, esso, rigoroso per lo scopo

Digitized by Google

e benevole per la persona, deve mettere queste due cose sempre in accordo. Ei non basta, che ritenga gli uffici nei necessari limiti e fuori dell'impulso della forza egoistica; ma deve altresì vivificarli coll'idea che loro è insita e che sta al di sopra dell' impiego per sè. Nella progressiva divisione del lavoro è necessario di animare anche l'ufficio più basso coll'amore e col sentimento del tutto. Il lavoro si divide nella pluralità degli organi per divenire tanto più perfetto negl' individui; ma all' individuo in questo caso, come avviene in un vasto opificio, non tocca che una frazione di frazione. Quest'esigua parte frammentaria, che lega il membro al tutto, fa dell'uomo il dente di una ruota, o un formulario di un conto, che non può quindi soddisfarlo; e nè può giovare al tutto che l'idea, che doveva svilupparsi in grande, venga sminuzzata fra tanti individui. Per ciò dove gli uffici corrono il pericolo di smarrire il loro principio etico nel meccanismo della divisione del lavoro, il governo ha doppiamente il dovere di animare anche l'infimo dei lavori collo spirito etico del tutto.

L'impiegato, reso nello schematisma uno strumento meccanico, traligna necessariamente. Anche nella sfera più ristretta bisogna lasciare all'impiegato un certo spazio di libera azione; poichè quando agl'impiegati il comando superiore vien dato in modo, che essi sembrino nel loro ufficio come se venissero mossi, e non già che si movessero di per sè; la personalità loro scomparisce del tutto, e quindi divengono un cieco strumento senza dignità. L'ufficio in tal modo perde il migliore suo pregio, il miglior suo effetto, la stima cioè, che non può radicarsi nel popolo che eticamente. Nel momento del pericolo la forza del governo riposa sull'impiegato, il quale sta nel suo ufficio per propria volontà. Il meccanismo di strumenti, che non hanno una propria personalità, obbedisce al direttore della macchina che eventualmente si trova al centro; ed allora di quel centro ognuno può impossessarsi indifferentemente.

Il governo non dovrà corrompere gli uffici e gli ordinamenti dello stato, nè permettere che venissero corrotti da altri. Li corrompe egli stesso, quando doma l'opinione indipendente che all'ufficio si spetta, perchè non gli va a sangue; quando an-

Digitized by Google

nienta l'opposizione che sta nella natura stessa della cosa e che egli dovrebbe anzi desiderare; quando preferisce l'impiegato destro al valente, il compiacente e senza convinzioni a quello di carattere fermo; quando finalmente corrompe mercè danaro od onorificenze la fedele intenzione dell'impiegato. Per lo contrario sono gl'impiegati che guastano l'ufficio, quando sotto il manto dell'ufficio s'insinua l'utile egoistico, o quando trionfa l'inerzia. In entrambi i casi si manifesta il tralignamento dell'idea, tanto se l'impiegato sotto l'apparenza di fini superiori riguarda l'ufficio come sorgente del proprio vantaggio, quanto se si abitua a trattarlo semplicemente come un lavoro manuale. Quando gli uffici divengono venali, ei si verificano entrambi questi effetti. Il linguaggio ha creato dei nomi particolari per designare i tralignamenti della prima specie, opponendo alla buona la cattiva qualità, opponendo per esempio al sacerdote il pretonzolo (Pfaff), all'avvocato il leguleo, al medico il ciarlatano, al filosofo il sofista, al rappresentante del popolo cioè al tribuno il demagogo ecc. Il governo veglia su entrambi i modi coi quali gli uffici traviano per opera degl'impiegati, e la legge cerca di prevenire la loro degenerazione.

Tra i mezzi coi quali il governo conserva il prestigio degli uffici, e tien desti gl'impiegati, sogliono annoverarsi gli Onori e i Titoli, i quali sono necessari ed utili allo scopo, quando ne sono la espressione, ma di un effetto assai dubbio, quando non sono che un semplice ciondolo: in tal caso essi perdono ogni prestigio, e non fanno che anteporre l'apparenza alla realtà. Gli onori e i titoli vengono conferiti dallo stato uniformemente allo stile architettonico con cui costruisce il suo edifizio. Nello stile classico gli ornamenti sono messi con parsimonia e come simbolo della cosa; laddove lo stile alla roccocò copre la parte esterna di ghiribizzosi rabeschi, ed ama le decorazioni. La conseguenza di un tale stile architettonico nello stato passa dall'esterno all'interno, e qui, come ovunque il diritto ha la sua stregua nell'effetto etico, che consegue sul popolo. Dapprima la corona di onore era presso i Greci il raro distintivo della riconoscenza e dell'ammirazione pubblica; mentre in seguito gli onori divennero la leva dell'emulazione. Ma le onori-

Digitized by Google

ficenze tralignano, quando in luogo di eccitare realmente la nobile emulazione, non fanno che produrre dispettucci e alimentare l'invidia, quando divengono solletico di vanità e di fasto e il prezzo di simulata dipendenza. Una tale specie di titoli toglie agli uffici e agli affari il loro valore, mentre dovrebbero pur essere il vero onore dell'impiegato. L'ambizione viene giustificata, e l'impiegato nella sua tendenza a titoli più elevati si vergogna di chiamarsi quello che è, e di essere nominato da quello che fa.

La meta più nobile dell'etica si è il buon volere, buono innanzi tutto, ossia la volontà pura e forte che vuole il dovere pel dovere, il bene pel bene (§ 43). Il buon volere soltanto diventa stabile nell' istabilità delle cose, ed è la massima forza del governo. Lo stato non può direttamente produrre questa volontà, che nasce dall'intimo dell'uomo; ma le sue leggi dirette contro il mal volere promuoveranno indirettamente il buono (§ 52). Laonde quando lo stato coi suoi ordinamenti e coi tralignamenti di essi, quasicchè agisse soltanto per iscopi esterni, rovescia e falsa i moventi del buon volere, non è più « l'uomo canonico » che dovrebbe essere.

Ann. Nel conferimento di titoli e nel darne di più elevati ecc. si manifesta negli stati timocratici una dialettica di apparenza. I titolati si dividono in titolati che fanno onore al titolo, e in titolati che sono onorati dal titolo. Alcuni fanno onore al titolo, acciocchè il titolo possa far onore a molti. Quando uomini d'importanza, i quali pel loro ufficio hanno un titolo inferiore, vengono pur fregiati con un titolo più elevato, ciò avviene in apparenza per far loro un onore, in fatti però soltanto per procacciare onore al titolo più elevato. Accessoriamente però nasce l'opinione nociva, che l'ufficio del titolo inferiore, ufficio che pure è basato sopra un idea speciale e necessaria, difettasse d' un proprio onore. Allora soltanto l'individuo raggiunge la vera elevatezza di un nobile sentire, quando colle parole di un antico storico armeno si possa dire di lui: «gli onori gli corsero dietro, non egli agli onori ».

§ 184. Da quanto si è detto risultano i Rapporti giuridici che hanno gl' impiegati. I diritti speciali che si concedono a-

Digitized by Google

gl'impiegati sono necessari, per render loro possibile l'esecuzione pronta e sicura dei loro doveri, e per rivestirli di quel prestigio che al loro ufficio si conviene. Lo scopo interno, di cui l'impiegato è strumento vivente, e il potere, che egli esercita, derivano dalla entità del tutto; e il diritto protegge in lui la idea che ne sta a fondamento. È questo uno dei motivi della grave pena che colpisce chi offende o lode un impiegato in ufficio, o chi tenta intimidirlo o corromperlo. Nell'impiegato non si offende il privato o l'individuo come tale, sibbene il fondamento etico dello stato, che si contiene nel diritto stesso. Da un altro lato il fondamento del dritto, che si concede all'impiegato, sta nella posizione in cui lo pone il suo ufficio. Destinato in molti casi ad opporsi al sentimento egoistico degl'individui, egli è esposto alle passioni degli uomini, ed ha quindi bisogno di una protezione maggiore dal diritto. Egli è un segno di deboli ordinamenti giuridici, quando l'impiegato è costretto a difendere dà sè l'esecuzione della legge o le misure prese di ufficio, come sarebbe, per esempio, quand' è obbligato a difendere l' ufficio colla propria vita, esponendosi alle sfide provocate per un' azione di ufficio. Entrambi questi motivi concorrono a rendere maggiormente punibile i delitti e i reati commessi contro gl'impiegati.

Per lo contrario dimostra il primo rapporto, quanto sia grave la colpa dell'impiegato, se egli abusa del potere affidatogli, o se coopera, come avviene in casi di corruzione, a render vano lo scopo a cui è addetto, cangiando la giustizia in ingiustizia, e in generale commettendo in ufficio delitti o reati. Il popolo ha tanto maggior bisogno della protezione del diritto contro l' arbitrio e le trasgressioni degl'impiegati, quanto più egli si trova esposto indifeso verso di lui, e quanto maggiore è la confidenza che in lui dovrebbe riporre.

Se le onorificenze e i titoli sono sotto il prestigio dello stato, e sono, similmente al danaro, il segno di un valore; colui, che si arroga onori e titoli di propria autorità, è passibile di punizione, come falsificatore di pubblici valori. Egli sarebbe simile ad un falsario di moneta, se onori e titoli, sebbene avessero maggior pregio che il danaro, potessero ottenere una

Digitized by Google

circolazione come il danaro, ed averne sotto questo aspetto il valore.

β. *Legislazione.*

§ 185. La Legislazione ha il suo centro nella giustizia ordinatrice, la quale in mezzo alla tendenza dei singoli al proprio ingrandimento, forma e garentisce l'organamento del tutto (§ 36), e determina secondo gli scopi interni dell'etica la proporzione fondamentale dei doveri e dei dritti (§ 87), penetrando nei singoli loro rapporti. Essa tira le linee, fra le quali liberamente si muovono le attività individuali, ed è la pruova della giustizia ordinatrice, se dà in modo il suo a ciascuno scopo, che fra queste linee le attività individuali e il tutto trovino reciprocamente la propria soddisfazione.

Questo compito ha invero un lato universale su di un solo etico scopo, cioè che lo stato, come uomo in grande, e gl' individui, come uomini, si compiano possibilmente fra loro. Ma se questo scopo universale non assume la sua forma individuale secondo lo stato della coltura, secondo la posizione e i mezzi del paese e secondo le condizioni storiche; o se il concreto, come base della forza, contrasta all'universale: l'universale allora riman vuoto e senza efficacia. Egli è quindi un vero fuorviare dal retto sentiero, quando, senza tener calcolo della peculiare differenza dei rapporti, si trapiantano nel proprio paese leggi ed ordinamenti stranieri (§ 73). Il dritto consuetudinario, che è il germe della futura legge comune, ha là solamente il suo particolar valore, dove ei pone sue forti radici nella necessità delle cose e nel carattere peculiare del popolo (§ 48). Esso, poichè ha un'impronta varia e locale, è in una opposizione col dritto universale, il quale, nato in un pensiero più grande, ha anzi tutto l'efficacia, come qualcosa ch'è a tutti comune, di rendere nazionale lo stato. Nondimeno, quando non vi si oppongano interessi superiori, bisognerà aver riguardo all'inconscio, ma pur forte dritto consuetudinario o renderlo sprone del dritto generale.

Un dritto nazionale è un legame tra popolo e stato; il dritto

Digitized by Google

speciale assicura e garentisce la comprensione speciale degli scopi etici, e si esteriora su di un fondamento particolare. Quando si accoglie una legislazione straniera, si guarda anche lo sviluppo e l'applicazione del dritto secondo l'esempio della terra straniera. I tribunali, nei casi dubbi decisi sull' esempio delle precedenti decisioni, si alienano dal natio e corrono dietro all'esempio straniero. Il popolo diviene orgoglioso del suo diritto ivi soltanto, dove riflette nel suo dritto il sentimento della propria nazionalità.

In generale quella legislazione avrà più viva efficacia e più sicura consistenza, la quale costantemente sviluppa il dato storico secondo l'idea universale; quindi essa trova nei privati la minore resistenza possibile e colla forza dell'accetta consuetudine, che pone radice nei rapporti naturali del paese e del sangue, non infrange l'etica, fisicamente forte ed eticamente poderosa. Dove all'incontro, come nelle rivoluzioni, si fa *tabula rasa*, la sapienza di una camera legislativa non ripara coi suoi ingegnosi piani a ciò che manca al contenuto storico. Dai progetti si viene agli esperimenti, finchè gli elementi reali non si rimettino sulla diritta via.

Il giusto sviluppo del dritto intanto è un compito difficile della legislazione. Da un lato egli è necessario e sta nella natura del dritto, che col popolo che si sviluppa, colla forma che si rileva e si propaga, coi gradi economici più elevati nella produzione e nello scambio dei beni anche le leggi debbono svilupparsi: mentre dall'altro lato le nuove leggi cozzano in un'ostacolo, poichè quanto più profondamente esse colpiscono, quanto più arditi passi fanno per porre il meglio in luogo dell'usato; tanto più facilmente contraddicono agl' interessi e ai rapportî di coloro, che fino allora vi avevano un diritto od anche un privilegio.

Invero egli è dovere degl'individui di offrire volenterosi il proprio, se è possibile, alla volontà nazionale del tutto, quando questa divenga legge. Nella stessa misura che sentono di non avere alcuna forza che non ponga sua radice nella forza del tutto; non devono essi chiedere dal tutto altra forza, che quella che è ondata sulla ragione di esso. Ma viceversa il tutto ha

Digitized by Google

per fondamento, come sue ultime parti, gl' individui, in cui solamente ei prospera, e queste parti sono persone (§ 40) ed ei non può esigere da loro dei doveri, se non rispettando i loro diritti fondati. Lo stato deve a se stesso e alla sua storia il rispetto di ciò che gli fu legge, in modo da non nuocere agli individui che a quella legge si affidarono. Rimane la legge fondamentale, che l'Organamento del tutto e l'Afforzamento degl'individui vadano di concerto, e che lo stato progredisca solamente nell'incremento di entrambi.

Nel conflitto, che non si può evitare fra la nuova legge e il vecchio ordine giuridico, e che si solleva infallibilmente, quando un nuovo sviluppo penetra nella legislazione, le parti contendenti si riferiscono principalmente a due concetti, come su due forze impellenti; gli uni sui dritti acquistati, che nessuno potrebbe mutare, se non colui gli ha come proprietà; e gli altri sulla coscienza universale del dritto, contro cui non vi ha opposizione di sorta, e a cui deve piegarsi tutto ciò che vi sia nello stato e quindi pure il diritto acquisito.

Noi esamineremo entrambi questi concetti per riporli nei loro confini, ed in primo luogo il concetto dei diritti acquisiti. Sotto questo nome si comprendono cose assai diverse (1); sicchè non tutto ciò a cui si dà nome di dritti acquisiti ha un medesimo grado di ragione.

Il concetto di dritti acquisiti deriva dal contratto, e vanta a sua ragione la severa obbligatorietà di esso. In questo stretto senso i dritti acquistati dei singoli sono tali, soltanto quando tra lo stato come persona e gl'individui vi sieno scambievoli prestazioni e controprestazioni, come avviene, ad esempio, nei contratti coi lavoranti, in una obbligazione assunta a determinati interessi, nello stipendio assicurato agl' impiegati, casi questi in cui non è presupposta alcuna riserva di ritrattazione. Ei sarebbe una enorme contraddizione, se lo stesso stato, che governando assunse quest'obbligo, volesse da legislatore abolirlo

(1) A. Helfferich, *die Kategorien des Rechts auf geschichtlicher Grundlage 1863 pag. 55.*

Digitized by Google

od abrogarlo. Una violazione dei dritti acquistati viene sentita in questo senso come un atto di ingiustizia od una bancarotta. Le private ragioni sullo stato non ponno arrestare il nuovo dritto pubblico, ma esigono un risarcimento (risc. § 100). Fin dove arriva il concetto di un contratto collo stato e non puramente una vaga analogia di esso, fin lì ciascuna legge dovrà rispettare i dritti, che furono acquistati per questa via.

Però la più parte dei diritti, che si chiamano acquistati, e che come tali tentano opporsi alle nuove leggi, lo sono in un altro senso. Se l'acquisto avviene sotto l'esistente ordine di dritto da singolo a singolo, come ad esempio, se alcuno compra uno schiavo in uno stato a schiavitù, o presta un capitale e pattuisce l'interesse ad una elevatezza permessa; i dritti sono acquistati, ma non dalla mano dello stato mediante promesse e contropromesse, ma sotto la protezione di una legge che li permette e pertanto sotto la guarentigia dello stato. Questi dritti acquistati dai singoli, riguardati dal punto di vista dello stato, sono accordati o concessi; essi sono garentiti, finchè dura la legge protettrice. Ma giammai la legge presentemente in vigore può essere sicuranza di ogni avvenire; perciocchè lo stato ha il diritto, anzi è chiamato a sviluppare le leggi secondo lo sviluppo della coscienza etica e secondo la misura dei bisogni economici. Se ciò non facesse, il vecchio ordine di cose si sentirebbe subito quale intollerabile ingiustizia, e finirebbe per essere violentemente infranto. La legge che permette: tu puoi tenere schiavi, si potrà quindi cangiare in un'altra che proibisce: tu non puoi tener schiavi. Or se in un tal caso la legislazione deve un equo riguardo a colui, che dal cangiamento delle leggi riceve un pregiudizio, ciò dipende da tutt'altra ragione, che non dai dritti poggiati su di un contratto collo stato. Anche dove la legge ha conferito privilegi, essi sussistono, finchè dura la legge: se poi debbano durare o no, ciò dipende da altre ragioni, ma non dalla pura esistenza di tali privilegi, che il possessore ama chiamare acquisto.

Così la cerchia dei diritti che gl'individui acquistino dallo stato, nel vero senso della parola, e coprono il possessore come di uno scudo, viene molto ristretta.

Digitized by Google

La coscienza universale del dritto all'incontro è chiamata all'occorrenza ad abbattere pretensioni, le quali tentano opporsi ad una nuova legge allegando di essere dritti acquisiti, poichè alla ragione di quella tutto deve cedere. Se ciò, cui si dà il nome di coscienza universale del dritto, fosse veramente universale, necessario e quindi di dritto, questa formola sarebbe ammessibile; ma la prova di ciò spesso vien meno. Se la coscienza universale del dritto dovesse significare, che tutti senza eccezione vadano d'accordo; non vi sarebbe più lotta; poichè dicendo tutti, vi si comprenderebbero anche coloro che potrebbero muovere opposizione. Ma la coscienza universale del dritto, che si chiama « la coscienza complessa del popolo, l'unica sostanza di ogni dritto » non è tutto al più che la coscienza giuridica di una maggioranza; e poichè esclude la contraria minoranza, non è perciò un universale, ma solo un particolare. Nel movimento politico delle passioni non raramente essa è solo la preponderanza di coloro, che non risentono pregiudizio da una legge o che forse ne hanno un vantaggio, su di quelli che ne sono colpiti o danneggiati: ciò che ad una tale coscienza universale del dritto manca in necessità ed in universalità, essa compensa mercè il rapido corso della opinione pubblica, sotto il cui nome si proclama come universale, e sa cogliere il momento dell'opinione, della paura e del trionfo, per distruggere il diritto fin allora esistente. Questa coscienza universale del dritto è andata sì oltre nella teoria, da estendersi sotto le circostanze della forza retroattiva del nuovo dritto fino ai giudicati e alle sentenze, che acquistarono forza di dritto sotto la vecchia legge 1).

Poichè da ogni legge ne derivano degli effetti, che tutti insieme formano lo stato esistente del dritto, ei non può evitarsi che una nuova legge venga a violentare il corso di quegli effetti protetti dalla vecchia legge, come per esempio se per una nuova legge daziaria il prezzo delle introdotte mercanzie scende o sale, se per un nuovo sistema d'imposizione vien cangiata la disposizione delle cominciate imprese, se schiavitù, o servitù

1) F. Lassalle *das System der erworbenen Rechte* 1861. I. pag. 302 e seg.

Digitized by Google

corporale e aggravi reali, già esistenti, vengano soppressi, e quindi il valore della proprietà diminuito. Se ciò si vuole chiamare retroattività di una nuova legge emanata; questo effetto apparirà nel presente e nell'avvenire quale retroazione, cioè a dire come azione sul passato, solo in quanto viene a contraddire un precedente presupposto o una precedente aspettativa che ne aveva il proprietario o l'acquirente: la stregua pel concetto di retroazione non è quì l'antica legge e le necessarie sue conseguenze, come dovrebbe essere per giustificare un' opposizione, sibbene la precedente idea che si aveva sulla durata della legge. Quando una nuova legge inevitabilmente lede lo stato di diritto fino allora garentito, divenendo di un danno universale o lesivo dell' equità, e pur nondimeno tale legge sia necessaria; saranno opportune disposizioni transitorie e conciliative, come per esempio risarcimenti per disposizione di legge, o sgravi mediante i comuni ecc., ma ne deriverebbe una falsa esigenza, se la massima volgare: nessuna legge ha forza retroattiva, si volesse applicare al corso presente degli effetti derivati da una legge. Il sospendere ciò che è in movimento non è ancora un reagire. Solamente quando la nuova legge dichiara, che la vecchia abrogata non è più obbligatoria pel passato, quando arresta la volontà, che agì secondo la vecchia legge, o riguarda come illegale l'efficacia della vecchia legge corsa fino alla emanazione della nuova, o distrugge un giudicato fatto sulla base della vecchia, nasce quella retroattività di una legge, a cui si oppone l'etica e la logica della giurisprudenza; e quando una tale retroattività, che è veramente retroattività nel preciso senso della parola, diviene necessaria; essa cade, se l'effetto finora incorso è divenuto proprietà, sotto le determinazioni del l'espropriazione (§ 100).

Nel campo del dritto criminale il rapporto della nuova legge colle conseguenze delle azioni avvenute sotto il dominio della vecchia sono più semplici, che nel dritto civile.

Se si tratta di una pena destinata per un reato, per un delitto, o per una contravvenzione, essa può essere stabilita nella nuova legge o più severamente o più leggermente od essere a dirittura soppressa. Se nella nuova legge viene stabilita una

Digitized by Google

pena più severa; essa non può essere applicata al colpevole, che se ne rese reo precedentemente (§ 49); poichè l'idea della pena più severa, che minaccievole l'avrebbe dovuto o potuto rattenere, non era ancora esistente e quindi di nessuna efficacia su lui. Altrimenti sarebbe, se venisse emanata una pena più mite, o la pena a dirittura abolita. Se intorno ad un caso, che abbia avuto luogo prima che la nuova legge fosse emanata, si pronunzia la sentenza e si eseguisce la pena secondo l'antica legge; al colpevole non tocca se non ciò che la legge gli aveva minacciato prima che commettesse il delitto, e quindi esso non ha di che querelarsi. Nondimeno questa considerazione, che tien di mira solamente l'autore, è unilaterale e quindi non vera. La pena più mite comminata nella nuova legge è piuttosto un riconoscimento, che nella comunanza della vita essa non ha più bisogno di una reazione sì energica contro reati e delitti di simil fatta come per lo passato; e da questo lato (§ 61) è dovere dell'equità, di applicare questa legge retroattivamente ai casi pendenti, che datano prima della emanazione di essa. Se la sentenza del giudice fu già emanata, ma la pena non ancora eseguita, la stessa ragione otta a temperarla: ma quì però bisogna aver riguardo a che il pronunziato giudizio non si mostri come un'ingiustizia. Questa contraddizione si concilierebbe, se venisse disposto, che al colpito sia data facoltà di chiedere l'applicazione della nuova disposizione più mite, per quanto è ciò possibile, e che la decisione di ciò fosse rimessa ai tribunali. La legge ha da indicare espressamente tali disposizioni, acciocchè il dritto formale (§ 49) non sembri oscuro.

Nel dritto civile è più difficile di circoscrivere il rapporto della nuova legge cogli effetti della vecchia, perchè i rapporti sono variamente complicati.

Noi presupponiamo, che la legge trasformata fosse la migliore che esigesse lo sviluppo etico; poichè solo in questo presupposto possono farsi delle considerazioni, che abbiano un fondamento, e perchè altrimenti la nuova legge non dovrebbe essere emanata. La legislazione deve badare, a che la nuova legge non sia improvvisata o dettata da odio e da stizza.

Ei non è giusto di riguardare tale riforma delle istituzioni

Digitized by Google

giuridiche, lo sviluppo dell' Organamento, il cangiamento di una legge necessaria ed utile per tutti esclusivamente dal punto di vista del contratto, per modo che solamente il vantaggio o il pregiudizio dei singoli compartecipanti avesse a decidere. Perciocchè la miglior legge, ossia l'elevata moralità, la quale nella riforma cerca le condizioni della sua esistenza ed efficacia, reca vantaggi a tutti, anche a chi è colpito. Laonde il compito non dev'essere di conservare puramente e incondizionatamente gli attuali e presenti vantaggi: mentre questi potrebbero levare delle pretensioni giuridiche solamente secondo la misura del summentovato concetto dei dritti acquisiti; il riguardo etico, che dirige le viste della legislazione, mira più alto. La volontà del tutto deve a sè stessa, di non lasciar sopportare i danni del miglioramento da coloro che ne sono colpiti e da essi soli; ma deve sopportare anche essa, come tutto, ciò che come tutto intende ottenere. Laonde v'ha bisogno di cauti temperamenti, per evitare i bruschi passaggi e per non fare, che il progresso si cangi in rivolgimento e la riforma in rivoluzione.

Se le nuove leggi arrestano il corso degli effetti derivanti dalle vecchie leggi e i diritti individuali che ne scaturiscono, esse colpiscono in parte diritti personali, che cangiano o limitano, e in parte dritti di proprietà, che sopprimono o diminuiscono.

Finchè si tratta di soli dritti personali, ad esempio di soppressione di privilegi di classe, di soppressioni di uffici ereditari, di giurisdizione patrimoniale, di dritti di patronato, e non di vantaggi materiali; il sentimento di sè può sentirne profondamente la perdita; ma esso deve, presupposta la giustizia della limitazione e della soppressione, trovar compenso nell'ordinamento più equo del tutto; poichè la pace interna e il prosperevole sviluppo in ciò riposano essenzialmente, che ogni forza nel popolo, si chiami possesso territoriale o danaro, nobiltà o coltura, trovi i corrispettivi dritti (§ 205). La forza che il tutto presta, sia come dritti politici che come politico onore, non ha in sè alcuna espressione in valore monetario, e quindi nessun risarcimento in moneta corrisponde al pregiudizio. Oro per onore, oro per dignità politica è un indegno baratto.

Digitized by Google

Intanto la cosa è altrimenti, quando le nuove leggi vengono ad alterare la posizione, che una proprietà aveva fino a quel momento; e la legislazione verrebbe meno alla sua natura, se in luogo di rendere la proprietà sicura e produttiva, la sconcertasse, da non sapersi in quale mano più si trovi. Quindi allorchè nella legislazione è riconosciuta come necessaria una modificazione all' ordine esistente della proprietà (presa la parola nel suo senso più lato, in cui anche gli obblighi di prestazione di un individuo divengono proprietà altrui); essa andrà cauta a determinarne il passaggio in modo, che all'attuale possessore, a cui solamente non possono attribuirsi le spese dello sviluppo, sia garentito per quanto il titolo delle sue ragioni e il suo rapporto individuale col tutto comporta. Laonde bisogna cercare di dargli un equo risarcimento, particolarmente quand'ei possa dimostrare che i dritti di proprietà, fino allora goduti, furono acquistati mercè proprietà o lavoro.

Sulla domanda, donde si debbano prendere i mezzi d'indennizzo, bisogna aver riguardo a due punti di vista. Comunemente quando le leggi colpiscono la proprietà e i suoi lucri, uno perde e altri guadagna. Deve valere come principio fondamentale, che la legge, come tale, non arricchisca colui che guadagna senza corrispondenti sue contribuzioni; se ciò avvenisse, sarebbe lesa una legge fondamentale dello stato etico; perciocchè la proprietà viene riconosciuta solo in quanto in essa vien riconosciuto il lavoro (§ 93), e in quanto viene acquistata, il che si riduce al lavoro impiegato. Dove vi fosse l' apparenza che lo stato colle sue leggi potesse togliere di tasca ad uno per cacciare in tasca ad altri, ei non farebbe che eccitare la non mai sazia avidità. Invece richiedendo l' acquisto, egli abitua al lavoro e al risparmio coloro che acquistano e che non hanno proprietà, se non mercè proprie contribuzioni. Dall' altra parte il nuovo ordine di cose riesce a vantaggio del tutto; onde questo è in dovere anch' esso di contribuire per parte sua, affinchè non distrugga la proprietà degl' individui per poggiare sulle rovine l'esecuzione della nuova legge. Tutti prendon parte alla prosperità dello stato, al benessere etico più elevato, cui mira la nuova legge; quindi tutti hanno, o ciò che vale lo stesso,

Digitized by Google

lo stato ha il dovere di contribuire coi propri mezzi alla trasformazione o al cangiamento dell' antic'ordine di cose. Laonde si dovranno fare degli ordinamenti tali, che stabiliscano le condizioni, per le quali chi nel nuovo ordine guadagna, anche per parte sua acquisti; e perchè ciò si renda possibile, nessun aiuto è troppo caro per parte dello stato, consisti esso in anticipazioni di grandi somme per indennizzo, (che poi si abbia a poco a poco da quelli che vi guadagnano, come si usa in vari paesi pel riscatto di aggravi materiali), consisti in proprie contribuzioni senza viste di restituzioni.

Quando le leggi toccano la proprietà degl' individui, esse feriscono profondamente coloro che ne sono colpiti. Nulla è più vivamente sentito, nulla eccita di più ad una rivincita, che la proprietà, in cui riposa l' istinto più fondamentale dell' uomo, l' istinto della propria conservazione e del proprio ingrandimento, divenuto un diritto coll' essere stato elevato a principio universale; cosicchè nel mio e tuo sta tutta l' energia degli uomini che lottano per sè, l' Io e il Tu. Per l' uomo volgare è cosa comune persino di riguardare tutta la legislazione, tutto lo stato dall' esclusivo punto di vista della proprietà, perchè questa è la parte per lui più sensibile. Mercè la proprietà gl' interessi degl' individui si attaccano all' interesse del tutto che gli garentisce; quando lo stato offende tali radici, egli distacca da sè gl' individui e se li eccita contra. La storia dimostra che un perturbamento nei diritti di proprietà produce grave danno per parecchie generazioni, come per esempio in Irlanda, dove si risentono ancora oggidì le ingiustizie dei secoli precedenti. La reazione contro il decreto della notte spesse volte ammirata come magnanima del 4 Agosto del 1789 e le sue conseguenze nella Rivoluzione Francese, col quale furono tolti alla nobiltà e al clero i loro diritti di nobiltà e furono regalati, produsse il suo contracolpo ancora dopo una generazione, allorchè nel 1825 la nobiltà pretese ed ottenne il migliardo d' indennizzo; e l' avidità dei beni altrui, che sazia a poco prezzo la propria fame, e vorrebbe conquistare la legge sulle barricate, si pasce oggidì ancora, come cattivo morbo, dei gloriosi ricordi di una lucrosa ingiustizia, altra volta ottenuta. La Rivoluzione Inglese che

Digitized by Google

ai tempi di Cromwel si moveva in un indirizzo ecclesiastico e politico, si rimise più facilmente su di una via più tranquilla, e non impedì l'edifizio dell'avvenire, perchè non aveva toccati gl'interessi, e quindi non eccitata la tempesta di quelle passioni, che chieggono la proprietà, e per la proprietà combattono. In opposizione all'ingiustizia di avidi cangiamenti, cui si dà in braccio una rivoluzione, è caratteristico il nobile esempio che diede la nazione britannica, allorquando per abolire la schiavitù nelle sue colonie votò venti miglioni di sterline per indennizzo ai possessori degli schiavi, e saviamente ordinò un tempo di transizione di dodici anni, durante i quali il negro dovesse già godere i diritti di uomo libero, ma pur lavorare in qualità di mercenario pel suo padrone, affinchè potesse quindi riscattarsi col proprio guadagno e rendersi frattanto capace del pieno uso della libertà 1).

Dove una nuova legge viene a interrompere il corso degli effetti di un diritto già esistente o già in via di diventar tale; importa particolarmente definire la quistione, da qual momento cominci l'effetto della nuova legge e da quale cessi l'effetto dell'antica sul fatto giuridico conchiuso sotto la protezione di codesta. La stessa questione sorge, quando sta per introdursi un nuovo codice o il diritto di un altro paese. Anche in questo rapporto fa d'uopo di disposizioni legislative transitorie, affinchè fra l'antica e la nuova legge non sorga un conflitto intorno al termine del loro vigore.

Le disposizioni transitorie fatte con sapienza preservano nella società la confidenza alle leggi, determinando bene i giusti limiti fra l'esigenza della cosa in sè e le date circostanze. Se tali riguardi vengono trascurati nella legislazione; il giudice sarà costretto ad appianare le liti, che non possono mancare di sorgere, con criteri generali, i quali potrebbero benissimo non troppo corrispondere al caso concreto.

---

1) Conf. in particolare l'orazione di Stanley nella Camera dei Comuni del 14 Maggio del 1833. Giornale Politico, 1833, pag. 417 e seg.

Digitized by Google

Ann. Se nello sviluppo del diritto sorgesse questione, quando la nuova legge incominci ad aver vigore e fino a quando debba perdurare l'antica ; è importantissima la distinzione fatta da Savigny, fra legge su cui la volontà privata non possa transigere (una legge assoluta), e legge che permetta alla volontà privata di allontanarsi dalla regola mercè reciproco accordo (*Vermittelndgesetzt*). Nella prima specie si considera la necessità etica più urgente , nella seconda più relativa. Un divieto di quella prima specie toglierà a dirittura il vigore all'antica legge, e lascerà appena un campo libero pel tempo di transizione ; laddove una legge della seconda specie accorderà maggior libertà. Ma questa distinzione per sè stessa non dà ancora una norma sufficiente ; le disposizioni transitorie debbono trovarsi nello scopo specifico e nello stato giuridico fissato dall'antico diritto. Inoltre si fa un' altra distinzione, secondochè si tratta dell' acquisto di diritti, il quale presupponga, che (obbiettivamente) un tal diritto abbia una generale sussistenza , ovvero si tratta dell' esistenza di un diritto in generale , del riconoscimento di un istituto giuridico in generale, cioè se in generale e semplicemente si tratti dell'esistenza un istituto giuridico , ovvero di una modificazione di un istituto giuridico riconosciuto e perdurante 1). Ma queste distinzioni non bastano particolarmente, perchè vi sono gradazioni innumerevoli tra il cangiare in diritto l' essere in un modo o in un altro , e il toglierlo del tutto. Qualunque regola che si volesse trarre da siffatte distinzioni astratte, anzicchè dai motivi della cosa in sè, sarà sempre inesatta e mal sicura.

Noi ci studieremo di esporre ciò nei casi speciali, che sono stati oggetto di giuridico esame 2).

Il diritto, tenendo conto della volontà, cerca di garentire, per quanto è possibile, i presupposti, coi quali furono conchiusi i contratti, e che avevano il diritto di essere i momenti della riflessione, che maturava la risoluzione ad un contratto. Dove per parte sua è costretto a cangiare tali presupposti , esso cerca, per quanto può, di prevenire e compensare i danni che ne derivano. Quindi se viene

---

1) Savigny. *Sistem des heutigen römischen Rechts* VIII, pag. 375. seg.

2) Principalmente in F. K. de Savigny. *System des heutigen römischen Rechts.* VIII 1849 § 383 e seg. pag. 368 e seg. ; inoltre dallo stato della così detta coscienza universale del diritto in Ferdinando Lassalle. *System der erworbenen Rechte* 1861, particolarmente nella prima Parte pag. 166 e seg. pag. 367 e seg.

Digitized by Google

cangiata una determinazione intorno al risarcimento dei danni; lo scopo a cui tende il diritto si è, che la nuova determinazione non si estenda ai contratti conchiusi sotto il vigore della legge; cosa che potrebbe accadere, se per l'applicazione dell'antica legge si prendesse per norma il tempo in cui fu sporta l'azione, ma valesse soltanto per quelle cause, le quali datano dalla pubblicazione della legge in poi. Col riconoscimento di questo principio, il campo del diritto e la fiducia nella parola, che è tanto necessaria in commercio, divengono più sicuri. In questo medesimo senso Giustiniano protesse in un esempio della giurisprudenza romana (Codice VII 6,13) il presupposto di una risoluzione presa da un padrone, il quale aveva liberato uno schiavo, cangiando la emancipazione imperfetta in una perfetta.

Dalla medesima tendenza di garentire i presupposti, dai quali ebbe origine un fatto giuridico, e che pertanto determinarono le condizioni conseguenti della volontà, nasce una regola, la quale giudica le forme prescritte per un fatto giuridico secondo la legge vigente al giorno del suo adempimento, ad onta di un cangiamento avvenuto in quel mezzo (*tempus regit actum*). Se forme più rigorose furono stabilite dipoi, è evidente l'ingiustizia di esigere nel fatto giuridico precedente le forme posteriori. Nondimeno se la forma posteriore è divenuta più mite, sorgerà questione, se in questo caso, dappoichè una forma è stata dichiarata superflua, un affare non debba esser valido, anche quando la forma impiegata allora è ritenuta insufficiente, ora soddisfi alle volute esigenze. Il diritto nazionale prussiano decide così: introduzione § 17: « Gli atti precedenti, i quali secondo l'antica legge sarebbero invalidi per mancanza di formalità, sono validi, purchè al tempo della sorta lite contengano le formalità richieste dalle nuove leggi ». Questa disposizione pecca contro la suddetta regola, e difficilmente si può giustificare coll'allegare, che le forme nei fatti giuridici sieno delle limitazioni della libertà individuale a pro' del bene pubblico, pressocchè come sarebbero le imposte che lo stato non solo può diminuire senza ledere il diritto, ma ancora rilasciare in dono all'individuo. Una tale giustificazione non può valere, come osserva Savigny (Luog. citat. pag. 410), tutto al più che per le forme ordinate nell'interesse del fisco, come sarebbero i bolli, l'uso di carta bollata e simili.

L'opinione giuridica inclinerà sempre all'osservanza obbligatoria delle forme richieste all'epoca in cui l'affare fu conchiuso, e a rispettare in questo senso la massima: *tempus regit actum*. Dall'altro

Digitized by Google

lato poichè le forme esistono in pro' della cosa, (acciocchè questa sia ben ponderata ed assicurata nel senso originario) senza però avere nessun proprio valore; ei si dovrà approvare nel senso generale quella indulgenza ammessa nel codice nazionale prussiano. Perciocchè se per questo scopo una forma è stata ritenuta come suflua, l'equità richiede di riguardarla come tale anche per un caso precedente. Questo in generale. Ei può avvenire però, che per l'inosservanza di una forma richiesta al tempo dell'adempimento possano nascere dubi e confusioni intorno al senso proprio e alle intenzioni di colui che non osservò questa forma, come si manifesta nel caso esposto da Savigny (pag. 410 e seg.); quindi per la legislazione è necessario un accurato e minuto esame dei casi, in cui debba temersi un tal pericolo, e di quelli in cui no. Le regole astratte possono indurre in errori.

Il diritto romano stabilisce nel sesso femminile la capacità di testare a dodeci anni compiuti; il diritto nazionale prussiano senza differenza di sesso a quattordici anni compiuti (Diritto Nazionale I, 12 § 16). Ora se una fanciulla di tredici anni fece un testamento, quand'era in vigore il diritto romano, rimase esso valido quando, introdotta la legge prussiana, la morte della fanciulla seguì prima che avesse compiuti i quattordeci anni? Un'opinione lo afferma, perchè la fanciulla usò d'un diritto che le spettava; e un'altra lo nega, perchè quantunque la redazione del testamento fosse basata sulla legge, pure la sua forza non dipende soltanto dalla redazione, ma ancora dalla tacita conferma che la volontà dà al testamento conservandolo fino alla morte, mentre poteva cambiarlo. La forza giuridica, che sta in ciò che il testante lascia il testamento immutato e con ciò lo riconosce come sua ultima volontà, fu tolta alla fanciulla colla introduzione della nuova legge (conf. Lassalle pag. 498 e seg.). Quest'ultima opinione, giuridicamente la più severa, sarà anche la più giusta, quando la legislazione non stabilisca espressamente la prima come valida. La necessità di una chiara disposizione nel passaggio ad una nuova legge risulta anche da questo esempio.

Giustiniano aveva ordinato (Codice IV 32, 26 e 27) che l'interesse più elevato fino allora concesso del dodeci per cento fosse abbassato al sei; e un anno più tardi dichiarò, che anche gl'interessi più elevati accordati prima di questa legge e che scadessero dopo la pubblicazione di essa fossero da ridursi a questa misura. Il diritto nazionale prussiano segue il medesimo punto di vista; giaccchè

Digitized by Google

i contratti d' interesse vengono immediatamente modificati dalle nuove leggi che permettono interessi più moderati (L. E. Heydemann *Einleitung in das System des preussischen Civilrechts* 2. Ediz. 1 par. 1961, pag. 90, n. 200). La disposizione di Giustiniano è da un lato oppugnata come retroattiva, sebbene nel sovraccennato senso limitato e proprio non sia una retroattività, e dell' altro come derivante da una legge assoluta proibitiva. Un ingiusto perturbamento dei presupposti, sotto la cui influenza fu conchiuso un contratto d'interessi, non avverrobbe in tal caso, se nel passaggio dalla vecchia alla nuova legge, venisse stabilito, che l' accordo stipulato su interessi più elevati avesse un giuridico valore fino alla pubblicazione della nuova legge, essendo giusto che il creditore abbia la possibilità di rivolgere il suo danaro ad altre imprese, il cui reddito potrebb'essere maggiore, e quindi di sottrarre il suo danaro da una simile restrinzione di interessi.

Il diritto romano oltre la proprietà riconosce pochi dritti reali, per esempio le servitù , il pegno e l' eredità. Conduttori ed inquilini non hanno che un diritto personale di usare della cosa; quindi nel diritto romano per la locazione vale la sentenza: la compra rompe affitto. Il diritto nazionale prussiano I, 21, § 358 prescrive per lo contrario: « Mercè una vendita volontaria nulla viene cangiato nei diritti e nei doveri dell' inquilino o del conduttore ». Il rapporto diviene ora un diritto reale, e la compra non rompe affitto. Certamente ciò non può essere stato una disposizione capricciosa del legislatore , ma invece, per quanto pare, del mutato bisogno economico e dello sviluppo della vita. Fino a tanto che il commercio di compravendita di beni stabili è scarso, la prima regola giuridica è preferibile, perchè fitto e pigione comunemente non vanno soggetti ad una improvvisa diminuzione, e perchè quando la vendita diventa necessaria, le ragioni saranno così importanti da non far punto badare agl'interessi del conduttore o dell'inquilino. La cosa cambia d'aspetto quando il commercio diventa più vivo e lo scambio più frequente, quando, come per esempio nelle grandi città, i beni stabili diventano quasi una merce mobile. Quì il conduttore di un podere, il quale ha d'uopo di un piano di amministrazione economica per parecchi anni , e lo inquilino , il quale può chiedere un tempo pel sicuro uso, debbono essere preservati dall' incertezza e dall' inquietudine. A questi rapporti di fatto dei nuovi tempi corrisponde quella regola di diritto, che la compra non rompe affitto , e la trasmutazione del rapporto personale in un rapporto reale indipendente dal proprietario tempo-

Digitized by Google

raneo nasce dallo scopo interno, e garantisce le condizioni essenziali di un compito etico necessario. Ora introducendosi una nuova legislazione, dove fino allora era valida la regola del dritto romano più vantaggiosa al proprietario, dovrà la nuova regola giuridica colpire senza distinzione tutti i contratti di locazione in corso, ovvero debbono quelli conchiusi prima della introduzione essere giudicati secondo l'antica regola giuridica? Una teoria afferma quest'ultima opinione, e sostiene che anche i vecchi contratti di fitti sieno rotti dalla compra, perchè questa regola si ebbe in vista nella conclusione del contratto, ovvero, in qualunque modo si riguardi la ragione, perchè la legge, che la compra non rompe affitto, non è un assoluto divieto, non togliendosi che si possa per comune accordo stabilire il contrario. L'altra teoria afferma la prima opinione, e si richiama all'energia, con cui si è compiuto il trasmutamento di diritti già esclusivamente personali in dritti reali, per decidere la controversia, partendo da questo punto positivo, che i diritti finora esclusivamente personali dei conduttori e inquilini mercè l'introduzione del dritto prussiano cadono immediatamente sotto la regola « compra non rompe affitto » (L. E. Heydemann *Einleitung in das System des preussischen Civilrechts.* 2ª Ediz. pag. 95). Tale controversia dimostra che ancor oggi è richiesta una disposizione sicura, ovunque la legislazione supplisca col diritto prussiano al diritto romano in vigore. Ora se si guarda ai rapporti reali che vengono in considerazione; rimane indifferente, se il compratore, il quale vuol avere mano libera, mercè la nuova disposizione perda, o se, provvenendogli dal fitto che rimane una sicura entrata, guadagni; perciocchè il compratore non ha diritti acquistati: egli rispetto al contratto, rispetto al fittuante e al fittuatario, al locatore e al conduttore sta come una persona estranea, come terzo sconosciuto. Il fittuante, il quale forse nel nuov' ordine di cose vende meno favorevolmente, perchè il compratore non ha libera mano nel podere che acquista, può probabilmente perdere; ma se tutti i poderi sono soggetti a tali limitazioni nell'atto della compra, sicchè il compratore non trova in verun luogo libera mano, la nuova legge non produrrà una differenza di prezzo, e non potrà esservi perdita possibile del venditore. Se per lo contrario alcuni poderi si trovano tuttavia sotto l'antica disposizione, mentre altri si trovano sotto la nuova, di modo che il compratore trova qui un potere non aggravato da fitto o locazione, e là sì; ne deriverà una differenza di prezzo, mercè la quale perderanno coloro che affittano secondo la nuova

Digitized by Google

disposizione. Ora poichè nella supposizione che il nuov' ordine giuridico colpisca anche i contratti di locazione e di affitto, i conduttori guadagnano di sicurezza, senza che i locatori perdano sul valore generale dei poderi; questa considerazione, tolta dagli scopi dell'economia rurale, potrà indurre la legislazione a prescrivere la retroattività come più equa e come quella che crea minori ineguaglianze e con maggior sicurezza formare una costumanza, che la considerazione soltanto formale non può produrre.

Nel *Code Civil* la disposizione *la recherche de la paternità est interdite* toglie qualunque azione al figlio illegittimo verso suo padre. Si è disputato se questa legge dovesse avere applicazione anche pei figli illegittimi nati prima della sua pubblicazione, di modo che anche a loro fosse tolta ogni azione verso il genitore, meno il caso di spontaneo riconoscimento. A questa quistione si risponde affermativamente, fra gli altri motivi principalmente perchè questo divieto è incondizionato e non lascia alcuna libertà; e interrompe quindi anche la ricerca iniziata. Il figlio illegittimo nato già sotto l'antica legge, perde con ciò il diritto agli alimenti, che quella legge gli concedeva. Una tale retroattività può essere stata tenuta di mira? La nuova legge per sè stessa non può voler privare nè l'innocente figlio del necessario alimento, nè prosciogliere il padre da un dovere incontestabile, e il suo vero e principale scopo non può essere stato di distruggere una sorgente di processi sporchi e talvolta cavillosi. Privando la madre del diritto di trovare assistenza nel padre del figlio illegittimo, la legge si rivolge contro la leggerezza, vuol rendere la parte femminile più cauta e prudente, e con ciò la colpa meno frequente. Se la legge pertanto vuole agire sulla volontà della donna, come si deve ammettere, essa non può aver di mira soltanto il passato, ma anche il futuro, e a rigore dovrebbe concedere ancora un termine, che per lo meno corrispondesse al tempo della gravidanza.

Da questi esempi si può veder chiaramente, qual dovere incomba ancora all' ulteriore sviluppo del diritto della legislazione per preservare il conflitto della legge antica colla nuova, pel tempo della sua volontà in vigore, e per ordinare nel tempo stesso equamente il passaggio dall'una all'altra. Se nella legislazione si è trascurato di trattare concretamente questa domanda, lasciandone al giudice la decisione; la ragione di ciò non ha potuto essere che la seguente, cioè che la legge abbia voluto garentire, per quanto è possibile, i presupposti del diritto, che determinarono l'atto della risoluzione che

Digitized by Google

fu la base del fatto; e con ciò essa segue un pensiero astratto bensì, e quindi forse insufficiente, ma però tolto pur sempre della ragione del diritto. Quando nel passaggio da una legge ad un'altra al giudice mancano delle disposizioni giuridiche, ad esso ben si conviene un tal punto di vista nel giudicare. Però anche la più eccellente regola giuridica rimane per la sua generalità incompleta di fronte agli scopi che derivano dalla natura delle cose. I sovracitati esempi dovrebbero averlo dimostrano.

§ 186. La legge che per sua natura vincola tutti, sudditi come legislatori, è onnipossente nello stato, e vien limitata soltanto dall'ordine della natura. Quindi il potere legislativo designa entro i propri limiti la volontà determinante dello stato. Questa volontà può riposare in un solo, come nel re assoluto, ovvero può, sebbene una in sè e indivisibile, pur effettuarsi come prodotto della volontà di parecchi o di molti. In un modo o nell'altro ciò che importa si è, che la legge sia ragionevole e che racchiuda in sè la garenzia della sua ragionevolezza. Soltanto la volontà ragionevole del tutto merita di essere legge; soltanto la legge ragionevole risponde al suo compito di garentire le condizioni del principio etico; soltanto nella legge ragionevole coloro che da essa sono legati trovano la propria libertà e soddisfazione (§ 43). Ciascun individuo, se fosse uomo ragionevole, dovrebbe imporsi la legge ragionevole. Mercè la legislazione ragionevole, la quale educa il popolo e lo rende capace di realizzare quanto in sè racchiude di etico, lo Stato diviene la libertà realizzata. A questo concetto reale della libertà, fondata sul contenuto delle leggi, cede persino la libertà formale del popolo, la sua mediata o immediata compartecipazione all'origine della legge e al potere legislativo; essa ha soltanto allora il suo vero valore, quando diviene un mezzo a trovare e a consolidare nel concreto il contenuto razionale.

Ogni stato ha il dovere di istituire degli organi, i quali assicurino la ragione della legge. Ma per lo scopo assoluto i mezzi sono relativi, e si devono dirigere secondo le condizioni storiche e secondo i rapporti reali, che determinano la costituzione. Lo sviluppo della costituzione mena ai corpi legislativi; perciocchè di fronte al governo si accordano questi due in-

Digitized by Google

dirizzi, che stanno a fondamento di ogni dritto ed anzi di ogni legge, l'indirizzo cioè che parte dal tutto e quello che emana dalle parti e dagli individui. Ciò che è intimamente necessario al diritto viene in tal guisa rappresentato dai fattori della legislazione e rivestito di forza. Le funzioni intermedie dei corpi legislativi di fronte al governo danno la garenzia, che nessuno dei due indirizzi vi abbia a scapitare. La diversità delle costituzioni è particolarmente determinata dalla diversità di questi organi. Importerà sempre che la funzione legislativa raccolga la fiducia del popolo. Nel governo stanno i mezzi della grande e matura esperienza e della riflessione molteplice, senza di cui non può esservi sapienza nella giustizia ordinatrice. Il re assoluto, come legislatore, poggia sugli organi del governo la regia considerazione delle cose, la cui essenza si è di avere in vista, come punto centrale, il tutto nella parte e la parte nel tutto, dando a ciascuno di essi ciò che ad ognuno appartiene. Le assemblee legislative incorrono certamente in errori, quando loro non sta a fianco l'esperto governo (§ 181).

Nei corpi legislativi, che sortono dalle elezioni politiche, vi occorre una cautela speciale. Secondo il loro concetto essi non devono rappresentare gli interessi, i desideri o il potere degli individui o degli elettori, bensì la ragione del tutto, e gl'interessi di quelli solo in quanto la ragione del tutto può accoglierli nel suo seno. Però la umana debolezza trapela ovunque. Nelle loro votazioni le passioni dei partiti si frammischiano coll'intendimento del tutto elevato sopra i partiti, e non di rado nelle minoranze vinte esistono pure interessi reali e diritti di fatto cui si dovrebbe ancora far ragione. Le assemblee, che decidono a pluralità di voti, contengono inevitabili difetti, sia che nel giudicarli si guardi alla intelligenza di coloro che decidono, sia che si guardi alla loro volontà, la quale riguardata come forza unita, deve costituire l'energia della legge. L'intelligenza, più difficile, a misura che i rapporti sono più complicati, risiede originariamente soltanto in pochi, e sotto questo aspetto essa è per sua natura aristocratica. Egli è quindi ben possibile che appunto la minoranza possegga la più giusta intelligenza. *Minora saniora.* Se all'incontro si prende per punto di vista la

Digitized by Google

volontà; soltanto l'unanimità dei voti sarebbe l'espressione di tutta la volontà nazionale. La maggioranza non rappresenta che una fatale necessità. Oltre a ciò le elezioni politiche non sono nè tanto determinate, nè tanto pure da egoistici intrighi, nè tutti i volanti così illuminati da non commettere errori e da potersi ammettere una giusta proporzione tra la volontà esistente nella nazione e quella che viene rappresentata dalla maggioranza nei corpi legislativi.

Per tutti questi riflessi le decisioni della maggioranza hanno bisogno di una controprova prima di divenir leggi, e la minoranza di protezione. Prescindendo dalla ragione storica, in ciò si trova il motivo universale della necessità di due corpi, quando il potere legislativo non si trova in mano del solo sovrano. Essi sono necessari tanto per mettere in chiaro ciò che è giusto e ragionevole, quanto per accordare la volontà reale della nazione col bisogno sentito dapprima solo idealmente. Cotesti due corpi risponderanno pienamente a questo compito soltanto allora, quando, secondo il modo della loro origine e secondo gl'indirizzi derivanti da questa origine, non si ripetano semplicemente nel loro modo di vedere, ma serbino in pro' del tutto un punto di vista diverso ed opposto, come avviene, per esempio, quando uno dei corpi rappresenta secondo gli elementi che lo costituiscono la tranquillità e la maturità di volere che rappresenta il principio conservativo razionale, e l'altro l'impulso novatore del movimento progressivo. Ogni corpo legislativo deve essere in sè stesso così costituito, che cooperi a far riconoscere la ragione della cosa e ad elevarla nell'assemblea a volontà comune. Tale scopo si ha di mira nella legge elettorale, sulla quale poggiano i corpi politici, l'ordine degli affari secondo il quale lavorano, la preparazione delle leggi nelle commissioni, l'andamento nei dibattimenti, ed infine il metodo delle votazioni, il quale ha per compito di promuovere e di garentire nella sapienza collettiva delle numerose assemblee la unità e la conseguenza, che rendono la volontà vera e retta volontà (§ 82). Nei corpi politici s'immischiano ai fini della cosa gl'interessi dei privati, delle corporazioni e delle classi colla tendenza in ciascuno di conservarsi e di ampliarsi il meglio che

Digitized by Google

è possibile; da ciò deriva, come si vedrà in seguito, il vario carattere delle costituzioni. Egli è giusto e necessario, che il compito ideale trovi un punto di sostegno e di rifugio nella forza delle sfere speciali; ma questa forza però non entra nel suo diritto, che subordinandosi agli scopi più elevati.

Ann. I rapporti del potere legislativo colla costituzione saranno esaminati in appresso. Certe determinazioni però entrano in tutte le costituzioni, quando si tratta di assicurare la ragione delle leggi. Tra queste ha da annoverarsi fra gli stati più vasti la necessità di due corpi decidenti, per esempio, una camera alta e una bassa. Le stesse repubbliche dell'antichità ebbero a cuore un ordinamento analogo. In Atene al senato spettava la prima decisione, e senza la decisione precedente del senato nessun progetto di legge poteva essere presentato all'assemblea popolare. Nei tempi migliori di Roma nessuna legge dell'assemblea popolare poteva entrare in vigore senza l'*auctoritas* del senato. Nell'America settentrionale la camera dei rappresentanti, eletta dal popolo, e il senato, nominato dai singoli governi, non costituiscono che uniti il potere legislativo; ed anche i singoli stati organizzano la loro costituzione in due camere. Due corpi si regolano a vicenda, quando la loro origine è determinata da una giustificata opposizione. Un sol corpo legislativo per lo contrario, che non sia contrabilanciato da un altro, diviene facilmente preda delle passioni politiche, e facilmente si abbandona ad indirizzi unilateri. Nella Rivoluzione Francese avvenne che nel corso di pochi anni tre rappresentanze del popolo, l'assemblea costituente, la legislativa e la consulta nazionale, di cui ognuna per se non ebbe che una sola camera, trascinarono seco il potere regio, e dissolvettero la Francia in anarchia, finchè il direttorio non si costituì con due camere moderatrici.

La protezione che la minoranza deve trovare in ciascun'assemblea, particolarmente nel regolamento degli affari (§ 82) è minacciata, quando la maggioranza si fa arbitra della logica, e decide a suo capriccio. L'assemblea legislativa nel regolamento è legislatrice di sè stessa, e può cangiarlo; sicchè pare che decida ad ogni momento sul suo significato. Senza dubbio essa è la interpetrazione autentica. Un'interpetrazione però può aver valore e significato di cangiamento; quindi all'evenienza non deve interpretare il regolamento all'improviso, nello stesso modo che non deve adottare di bot-

Digitized by Google

to una novazione pel caso speciale. La maggioranza potrebbe riguardare il proprio interesse come il vero. Se l'assemblea non è soddisfatta dell'interpretazione di colui che la dirige, il quale per la sua posizione stando al di sopra dei partiti, dà egual diritto alla maggioranza e alla minoranza; deve riserbarsi l'interpretazione del passo controverso e lasciarlo passare per tutte quelle forme che sono richieste per un cangiamento. Soltanto dopo una considerazione così ponderata e indipendente dal caso speciale ella potrà decidere per votazione sull'interpretazione da darsi. Nel medesimo senso nessuna corporazione in generale deve votare sulla interpetrazione dei suoi statuti, e tanto meno in quanto ella non è responsabile solo a sè stessa della osservanza di quelli. La controversia sul significato degli statuti devesi appianare altrove. Sul modo di esporre la quistione il presidente dell'assemblea dopo aver udite le ragioni in contrario al suo progetto e i contro-progetti, deciderà più giustamente che la maggioranza, la quale, attenta al proprio utile, potrebbe colla sua decisione defraudare la minoranza del suo diritto logico (confr. l'Autore *Vortrag über die Methode bei Abstimmungen* 1850, pag. 39).

Il potere legislativo guarda alla generalità della legge. Esso è quindi in errore, quando per dominare usa del suo diritto di accordare le spese; come pure corre pericolo di pregiudicare la causa della patria, quando s'immischia nella politica esterna. La libertà di Atene rovinò, quando Demostene trattò in piazza la politica, mentre Filippo il Macedone stava in agguato per diriggere secondo le rivelazioni di Dimostene i suoi progetti e nelle manifestate debolezze trovar la propria forza.

§ 187. Egli è istruttivo di osservare come si costituisca il dritto interno dei corpi legislativi. Essi ordinano la loro disciplina secondo il loro scopo interno, e sviluppano esternamente il loro dritto col tenersi fermi alla propria essenza e conservando la loro esistenza etica di fronte agli altri poteri. La storia del parlamento inglese ne è un buon esempio. I diritti di chi fa parte al potere legislativo vanno paralleli ai doveri ed esistono in grazia di questi.

Inoltre se lo scopo di ogni elezione si è di trovar l'uomo di fiducia più adatto; il perturbamento o la falsificazione dell'elezione è certamente punibile; e la pena sta a riaffermare il

Digitized by Google

fine etico delle elezioni. Se inoltre importa di render sicuro il voto dei rappresentanti, quali espressione del loro libero giudizio; ogni violenza contro un rappresentante ed ogni tentativo d'intimidamento colla minaccia di una violenza, sarà punibile in misura più grave, che non avverrebbe se la medesima ingiustizia venisse commessa contro una persona privata.

γ. *Amministrazione della Giustizia.*

§ 188. La giustizia ordinatrice ha un'ampia sfera. Vi sono delle leggi che regolano le amministrazioni e creano particolari istituzioni. Esse vengono compilate mercè decreti, a cui il potere esecutivo viene autorizzato, siccome a leggi particolari sotto l'autorizzazione e nei confini delle leggi generali. Vi sono altre leggi le quali determinano direttamente e in generale i doveri e i diritti degl'individui nel loro rapporto cogli altri individui e col tutto. Le leggi e i decreti sono mantenuti nel loro vigore dalla sentenza del giudice e dall'Amministrazione della Giustizia; e se i decreti, i quali hanno la forza obbligatoria della legge per coloro cui concernono, vengono esercitati direttamente dall'amministrazione mercè la coercizione della pena; in ciò ei si concede al governo una parte dell'amministrazione della giustizia, nè già per bisogno della cosa in sè, ma per motivi di opportunità ed in particolare per la necessità di una pronta esecuzione, che in varia misura viene concessa o vietata dalle varie costituzioni.

La giustizia ordinatrice della legislazione ha come necessaria conseguenza la giustizia protettrice del giudice. Se la signoria di leggi razionali e la libertà del popolo sono due espressioni di una medesima cosa; l'amministrazione della giustizia, che conserva alla legge la sua forza, sarà la vera tutrice della libertà. In questo senso nello stato è principio e fine, che la legge abbia il suo corso; essa, similmente alla ragione, sta al di sopra di tutti, ed è l'essenza di ognuno. La dignità d'ufficio del giudice sta nel conservare il pregio che l'amministrazione della giustizia in sè contiene, e nel non sacrificarlo per nessuno utile estraneo. Il diritto, egualmente forte per tutti, co-

Digitized by Google

stituisce la vera forza dello stato, il quale ovunque e sempre presente nell' interno, fa sì che le leggi, secondo la similitudine di un antico legislatore, non sieno una tela di ragno, che può prendere mosche ed insetti, e intanto venir lacerata da animali più grossi.

Il bene che l' Amministrazione della Giustizia produce è un salutare effetto della sua propria natura. Un tal bene, è, per esempio, la sua forza vivificatrice, la quale procaccia alle leggi l'immancabile validità, e prepara con ciò un campo sicuro al commercio generale, offre agl' intraprendenti dei punti sicuri pei loro calcoli, e in generale libera la vita da quel timore sospettoso ed eccita ad una libera attività. L' economista nazionale fa valere nel diritto questa forza produttiva che non ha eguale, e tenta anche talvolta di darle un valore in danaro. Questo tentativo però è vano; perciocchè il danaro si rende possibile solo mediante l' amministrazione della giustizia, senza la quale non esiste un valore in danaro. Quindi il diritto contiene qual cosa che non si può commisurare con danaro, ma solo con sè stesso.

§ 189. La giustizia tutrice si manifesta, secondo che si tratta della sfera del dritto penale o del civile, in giustizia punitiva o protettiva. Quella è diretta contra il dolo della volontà lesiva e contra la colpa della volontà omissiva (§ 64); laddove questa, pur riconoscendo la volontà onesta, intende a che, sporta l' azione, sia repristinato il diritto di chi ha ragione, ma che fu leso, o venga riconfermato il dritto contestato a chi lo possiede, ma che ne fu minacciato. Quindi nella forza dell'amministrazione della giustizia si tratta di reintegrare l'attore in ciò che gli spetta (reintegrazione che avviene mediante restituzione e conferimento, o mercè dichiarazione d' onore e rifazione di danni) ovvero di proteggere l' individuo in ciò che è suo, come ad esempio nell' obbligare a riconoscere un dritto.

Sta nel concetto e nello scopo interno della giustizia tutrice che si presenta nell' amministrazione della giustizia, che ella sia universale e senza eccezione, egualmente accessibile sì al povero e al plebeo, che al ricco e al nobile; perciocchè l'amministrazione della giustizia, come privilegio della classe pos-

Digitized by Google

sidente, menerebbe la giustizia al suo opposto, ad un mezzo ingiusto di una guerra dei ricchi contro i poveri, o dei nobili contro i plebei. Per esercitare un'influenza generale la sentenza deve rendersi esplicita nei suoi motivi al popolo e l'amministrazione della giustizia essere pubblica, almeno per quanto basti, acciocchè il popolo riconosca il legame che incorre tra la sentenza e la legge. Altrimenti il dritto, il quale è un bene etico del popolo e il cui concetto riposa sopra una consciente proporzione fra ciò che si dà e ciò che si riceve, fra ciò che si fa e ciò che si soffre, non sembrerebbe che un estraneo e cieco destino che colpisce l'individuo. Dall'istessa base ne nasce l'esigenza, che il diritto, che deve trasfondersi nel popolo in carne e sangue, non debba parlare e trattare con linguaggio scientifico, ma in un modo da tutti compreso. Dove le leggi del paese ebbero origine in un solo pensiero, e furono esposte in un modo sintetico, ivi l'autorità della pubblica amministrazione della giustizia e il linguaggio chiaro e dignitoso dei tribunali influiscono più di tutto (conf. § 74) ad immedesimare il diritto nei costumi, a radicarlo nel sentimento universale, ed a stringere con ciò nel tempo stesso un legame nazionale. Se la giustizia tutelatrice vuole adempiere la sua missione e preservare la legge costitutiva dei rapporti giuridici che hanno luogo nel movimento della vita, anzicchè arrestarla; l'amministrazione della giustizia dovrà esser pronta bensì, ma sicura ed accurata. Sotto questo rapporto egli è un segno di sviluppo nei popoli, ch'essi in pro' dell'inalienabile bene di una pronta e incorruttibile amministrazione di giustizia a tutti eguale e a tutti accessibile, formino ed elaborino delle leggi, le quali abbiano principalmente l'intento di elevare i tribunali ad autorità indipendente dall'altrui favore o disfavore, e di escludere dal pronunciato del giudice ogni personale timore o speranza, che possano subornarlo nella sentenza.

§ 190. Nella Causa civile si tratta, nel senso più lato, del mio e del tuo. Quando in essa si riguarda qualcosa di più elevato, come nella lesione d'onore, nei divorzi, allora le quistioni di diritto toccano più d'appresso il diritto penale, e talvolta veramente vi entrano (conf. § 120, § 133 e § 134). Il mio e tuo

Digitized by Google

consiste bensì da un lato nella proprietà individuale, e in quanto si può riferire a valore monetario (§ 93 e § 100); ma in generale esso è commensurabile col danaro secondo il valore commerciale, e come tale la causa civile è nel suo scopo matematicamente più esatta che la penale, in cui tra la colpa e la pena rimane qualche cosa d'incommensurabile, che viene abbandonato al criterio del giudice (§ 68). Nella causa civile la *res petita* e ciò che viene riconosciuto cerca di giungere all'esattezza scrupolosa di un capello.

Questa esattezza è una prerogativa del diritto civile; ma la forza diviene debolezza, quando non sia che un rigorismo della lettera, che svia dal retto senso e lo sconvolge. In questi casi il diritto diventa un'ingiustizia, e l'equità un diritto più elevato (§ 83). Affinchè l'amministrazione della giustizia (la quale deve cercare il giusto diritto, e non può trovarlo che nel diritto scritto e nella legge scritta) non venga in collisione con sè stessa; dev'essere sua cura essenziale, prima di arrivare alla sentenza giudiziaria, di far trionfare l'equità sulla rigorosità del dritto. Il rispetto delle leggi e dei tribunali è messo in pericolo, quando nel sentimento naturale del popolo sia sentito come ingiusta la pronunziata sentenza.

L'amministrazione del diritto civile, coll'essere severamente pedissequa del diritto, corre pericolo da vari lati di essere ingiusta.

Può accadere in primo luogo che le leggi di fronte al caso concreto sieno difettose o per la loro generalità o per la loro ristrettezza, e non soddisfino alla successiva moltiplicità di casi. Allora se è la parola che decide in luogo del senso (della *ratio legis*), la sentenza sembra ingiusta anche alla stregua dello spirito della legge stessa (§ 83). Per prevenire un tale inconveniente, è necessaria l'interpretazione ampliativa o la restrittiva, le quali hanno la loro norma nello spirito interno della legge (§ 78), che mercè queste interpetrazioni può essere ampliata.

La forma del diritto inoltre destinata a garentirne il contenuto può volgersi contro di esso, come avviene ad esempio quando le forme scritte sono state trascurate, e pur risulti chiara la volontà. Il dritto allora s'incaglia nelle proprie forme.

Digitized by Google

Talvolta resta ancor possibile una via a ripararvi, ed a tal uopo l'amministrazione giuridica inventa,per esempio quando una parte abbia senza sua colpa lasciato trascorrere un termine,il mezzo della restituzione. Nondimeno nel maggior numero dei casi il diritto ha le mani legate, poichè esso deve far rispettare le forme, se non vuol mettere in pericolo la propria sicurezza, ed in particolare la sicurezza della vita comune. Tutti i mezzi dati all'amministrazione giuridica per far valere l'equità contro la rigidità del dritto sono quindi di dubbio valore, e richiedono una moderata applicazione, perchè minacciano di far trionfare l'arbitrio e il libito in luogo del principio universale e stabile.

L'amministrazione giuridica trovasi finalmente messa alle strette da un terzo riguardo. Nelle cause civili trattasi in massima parte di adempimento di contratti. La sentenza del giudice viene dedotta contemporaneamente secondo la regola del contratto e secondo la legge, e in caso di conflitto il contratto fa legge. All' istesso modo che la sentenza non può uscire dai limiti della legge esistente, nè esaminarne il contenuto avanti d' applicarla, non può altresì assoggettare ad un esame preventivo il contenuto del contratto, l' accordo delle volontà, quando esso si è mantenuto entro i limiti della legge, e quindi di cangiarlo secondo il risultato di questo esame. Col garentire il contratto, la sentenza garentisce altresì la conseguenza del libero accordo e dà per tal mezzo durevolezza alla comunanza individuale, e sicuro campo alla libertà. Nondimeno vi ha una grande differenza fra la legge universale e il contratto speciale, che non di rado sono i due elementi che stanno a base della sentenza del giudice. La legge è la ragione dello stato; il contratto degl' individui per lo contrario può essere irragionevole per mancanza d'intelligenza, ed anche una soperchieria legale dell'uno sull'altro. Quando il contenuto è tale, il diritto può sembrare di degradarsi, se un luogo d'impedirlo, porta a durevole validità il falso effetto di un falso contratto. Però soltanto in pochi casi potranno oppugnarsi le determinazioni di un contratto (§ 107). Se la sentenza del giudice potesse violarne il contenuto, ogni contratto sarebbe esposto all'arbitrio; la previdenza nell'atto dell' accordo diminuirebbe, perchè ognuno

Digitized by Google

si fiderebbe nell'accommodamento del giudice, e ne soffrirebbe la stabilità e la sicurezza del commercio, che sono il grande effetto d'un diritto conseguente. In questi casi pertanto non la sentenza, ma soltanto una Transazione prima della sentenza, un nuovo contratto delle parti, può togliere tale inconveniente (§ 105); ed è compito dell'amministrazione del diritto, a meno che non voglia difendere l'ingiustizia nella lotta contro la giustizia, di promuovere le transazioni in ogni modo possibile. Nella coscienza che il diritto formale (§ 49) può talvolta includere una vera ingiustizia, essa non deve aver maggior riguardo alla conseguenza logica che al contenuto etico. Importerà quindi, che prima della decisione rimanga sempre aperta la via alla transazione, e che il giudice sia sempre autorizzato di inviar prima le parti agli arbitri, perchè vi tentino un' intelligenza. Importa che tale compito sia affidato agli uomini più ragguardevoli e intelligenti, affinchè il diritto mercè giuridici errori non s'inviluppi ed oscuri maggiormente colle sue forme, come spesso avviene coi legulei, ed affinchè in generale aumenti la confidenza nelle transazioni. Questo pensiero sta a base dell'istituzione dei giudici di pace, nel senso con cui nella legislazione di Federico il Grande furono chiamati i membri del tribunale incaricati alla transazione (Cod. *Fridric.* IV, 7 § 3 e 4). Il processo eccita le parti a passioni e a disposizioni tali di animo, per cui gli uomini si alienano fra loro, e la sentenza non fa che finir di scindere le parti che erano in lotta, sicchè non abbiano più nulla da contestare fra loro. Le transazioni per lo contrario gli riuniscono, ed hanno quindi una forza più vivificatrice, quand'anche gli effetti della lite perdurino; esse esigono un'abnegazione della propria volontà e del proprio utile, ed alimentano il sentimento della comunanza.

Ann. I processi sono designati dal popolo nel suo linguaggio similmente ad un giuoco d'azzardo che si può perdere o guadagnare, e con tale espressione esso fa sentire la sua diffidenza ad ogni procedura giuridica. Ciò che per lui dovrebbe valerecome un sicuro giudizio del diritto stabile, gli è, secondo la suddetta espressione, semplicemente una decisione mal sicura del caso. Nella medesima intenzione esso sconsiglia coi suoi proverbi dai processi. Così si suol dire:

Digitized by Google

meglio un magro accordo che una grassa sentenza, meglio mezzo uovo che il guscio vuoto. Il popolo in ciò calcola prudentemente il vantaggio, e preferisce il certo all'incerto, la pronta e libera soluzione alla lunga e dispendiosa procedura; il legislatore però calcolerà ancor più elevatamente il sentimento di concordia che ogni transazione promuove nel popolo, e quindi verrà loro, per quanto più possa, in aiuto.

§ 191. I tribunali, istituiti a protezione dei dritti degl'individui, danno origine ad un complesso di nuovi diritti, destinati in parte a garentire la dignità e la forza dei tribunali, in parte a determinare i doveri e i diritti delle parti.

In quest'ultimo rapporto il punto di vista culminante si è, che la verità dei relativi fatti diventi evidente, che si sentano le ragioni e le eccezioni, e che per tal modo sieno date le condizioni per una giusta sentenza.

Il Diritto delle Azioni è necessaria conseguenza dell'origine generale del diritto. Il dritto verrebbe meno e perderebbe il suo riconoscimento universale, se a chi lo possiede non si concedesse la facoltà di poterne chiedere la protezione (conf. § 53.). Chi ha il diritto di muovere un'azione, ha il dovere di comprovarla, e a questo dovere corrisponde il diritto di eccezione nel convenuto.

Senza l'azione di chi si crede leso o del suo procuratore, la lite sul mio e tuo non potrebbe venire innanzi al tribunale, il quale resta muto, finchè il suo responso non viene richiesto. All'istesso modo che i rapporti giuridici che sono oggetto dei tribunali civili hanno origine dalle disposizioni degli individui e dall'accordo delle loro volontà; spetta altresì alla libertà individuale di promuovere o non promuovere l'azione in caso di lesione, purchè però questa non entri sotto la giurisdizione del diritto penale. Se il tribunale s'intromettesse nei litigi del commercio senz'azione privata, egli eserciterebbe infiniti attentati e ingerenze, che perturberebbero il commercio privato e quel sentimento conciliativo che riposa nel popolo.

Entro le forme e i termini necessari per la sicura e pronta soluzione delle cause pendenti, egli è un diritto delle parti di condursi liberamente e senza riguardi nella convalidazione del-

Digitized by Google

l'azione e nella difesa dell'eccezione. Questo diritto è una conseguenza del dovere che hanno le parti di assoggettarsi alla sentenza deffinitiva del giudice, il quale deve giudicare uniformemente alla verità riconosciuta.

Nella possibilità di ricusa e di disposizioni simili si tenda a che la sentenza venisse pronunziata da una persona che raccogliesse la fiducia di entrambe le parti; ma ciò non è una conseguenza necessaria dell'essenza interna dell'amministrazione giuridica. Questo riguardo alle opinioni delle parti svanisce sempreppiù che l'ordinamento della giustizia prende una forma stabile, e per così dire monarchica.

Il compito del giudice si può variamente determinare nella causa civile. Egli o appiana la lite, pronunziando secondo ciò che le parti producono in pro' e contra, di modo che sia rimesso alle parti il constatare il fondamento del loro diritto, — ovvero sentenzia premettendo le proprie indagini sui fatti più importanti che stanno a base della sentenza e aggiungendovi anche senza espressa richiesta delle parti i mezzi necessari per tale indagine. Nel primo caso viene presupposto, che ciascuno conosca meglio il suo dritto, e che meglio esponga i punti di vista da cui deriva, e che non possa esigere altro che l'apprezzamento dei motivi ch'egli produce; nel secondo caso il diritto deve risultare quasi da sè indipendentemente dalla opinione e dal desiderio delle parti. Nel primo caso il compito dei procuratori è più complicato, poichè essi debbono fare in modo che nulla passi d'inosservato di ciò che è favorevole alla parte; e nel secondo è più grande e difficile il compito del giudice, perciocchè egli assume in parte gli obblighi del procuratore. Se il compito dell'amministrazione giuridica civile si è di appianare la lite; sarà logico che la facoltà concessa al giudice di sentenziare sia condizionata e limitata essenzialmente dai litiganti, cioè dalle parti; ma nell'istesso tempo sarà necessario che il giudice sappia stabilire i fatti di cui si tratta nella lite delle parti, e determinare esattamente i concetti intorno a cui la lite si volge, come intorno al termine medio (§ 79). A tal uopo il giudice deve possedere i mezzi necessari per potere secondo le proprie viste udire parti e testimoni, esaminare do-

Digitized by Google

cumenti e interpellare periti. Sarebbe però uno sconoscere i limiti, se la procedura d'istruzione, che è necessaria nel diritto criminale, fosse tradotta nella procedura civile e posta in luogo della produzione delle parti. Ciò eccederebbe il bisogno di quei rapporti giuridici di fatto che costituiscono la base dell'azione e dell'eccezione, e menerebbe ad immischiarsi in cose che non vi appartengono.

Il giudice è il diritto divenuto personale; ciò che nella legge è lettera, in lui dev'essere volontà. Egli rappresenta nella dignità della sua natura e della sua azione l'etica del diritto, senza di cui ei renderebbe l'ordine giudiziario una macchina. Incorruttibile per qualsiasi vantaggio, egli tiene con mano sicura le bilance del diritto nè per amore nè per odio ad alcuno. Il giudice nel diritto civile sviluppa in sè un lato particolare di questo carattere universale. Elevato come la legge sopra le parti, egli guarda le parti con occhio eguale, incapace di piegare o di infrangere il diritto. Ei riconduce con acume analitico i rapporti intricati alla base fondamentale da cui dipende la sentenza; e in quistioni più elevate, dove la legge abbia bisogno di essere completata, egli trova nello spirito del tutto, in lui diventato cosa vivente, la giusta analogia. Con occhio sagace guida la lite delle parti in guisa, che le loro esposizioni servano alla verità e che le prove opposte sieno di aiuto alla giustizia. Nella giusta sentenza egli mostra ciò che le parti, se fossero state prudenti e cedevoli, avrebbero potuto e dovuto conseguire senza litigare. Per tal modo egli concorre a costituire un sentimento più dilicato e più severo del dritto e a far riporre fiducia in esso. Il suo merito si è di preparare il campo su cui si muove il commercio della vita e di creare la condizione, senza di cui si paralizzerebbe ogni libero scambio delle forze ed ogni attività creatrice del pensiero.

Il Procuratore rappresenta il diritto che fra le parti si contende e vuol farsi ragione; egli non guarda al loro utile per sè stesso, ma al diritto del loro utile; e dove manchi ogni punto d'appoggio sul diritto e sull'equità, manca al procuratore il suo fondamento etico. L'idea del suo ufficio traligna, quando nel mio e tuo egli soccorre con motivi appariscenti la

Digitized by Google

sofistica della cupidigia e contorce scientemente il dritto. Facendo propria la posizione della parte, egli coglie con sicurezza i punti che parlano in favore del suo diritto, e la sua logica è la logica severa ma unilatere della cupidigia. Il suo sguardo unilaterale indagato dal giudice, aiuta, quand'anche sia ingiusto, all'esattezza della sentenza e a stabilire il convincimento. Prima della sentenza è importante la certezza, che le ragioni delle parti sieno esaurite, ed a ciò sono di grande aiuto gli abili procuratori. Mentre il giudice si mantiene in una posizione conciliante, il procuratore è spinto dal desiderio della vittoria. Nella gara della lite egli restringe o allarga le idee secondo che gli servono, e talvolta si lascia perfino trascinare fuori del diritto, pur celando la passione che non si conviene al diritto spassionato. Poichè l'elemento formale, per esempio la definizione, il *terminus medius*, la determinazione di tempo, ha una tale importanza nel diritto, e poichè nel giudice imparziale gli affetti si equilibrano; così il procuratore sviluppa in sè lo stile convincente e spassionato della causa (il *tenue genus dicendi*). Questa inadorna espressione è l'ornamento dell'orazione nella causa civile, e ricorda l'elemento matematico del diritto cui essa corrisponde. Elevarsi sopra questa uniforme livello del sereno esame, e spingersi ad uno stile più elevato (al *medium* ovvero al *sublime genus dicendi*), può essere conseguenza dell'interesse etico, ma trova il suo posto naturale piuttosto nella causa penale che nella civile. I diritti del procuratore e la sua esigenza rispetto alla sua parte sono una conseguenza della idea della sua missione e sono condizionati dai suoi doveri; anzi ei gode dei diritti in causa dei suoi doveri. La libertà della parola è protetta, ma ha un limite, dove comincia l'oltraggio o la calunnia. Egli è un segno di giuridica indipendenza che tali limiti non siano ristretti a spesa della verità, più che non lo richieda la natura della cosa.

Ann. Già presso gli antichi si trovano dei tentativi di rappresentare figuratamente l'idea del giudice. Così dice *Aristotile* (*Eth. Nicom.* V, 7, p. 1132 *a* 21) ὁ γὰρ δικαστὴς βούλεταί εἶναι οἷον δίκαιον ἔμψυχο, e designa con questa espressione — che il giudice per sua natura debba in certo modo essere il diritto personificato — il fondamento della

Digitized by Google

confidenza che le parti debbono riporre in lui. In un altro passo Aristotile ha conservato la parola di Archita, il quale, prendendo l' idea religiosa del diritto, somigliò il giudice all' altare a cui il leso ricorre, (*rhetor* III, 11, p. 1412 *a* 12. ὥσπερ Ἀρχύτας ἔλεγε ταὐτὸν εἶναι δικαστὴν καὶ βωμόν· ἐπ' ἄμφω γὰρ τὸ ἀδικούμενον καταφεύγει). Inoltre si è applicata l' espressione del giureconsulto romano Marziano (*Dig.* I, 1, 8) *nam et ipsum ius honorarium viva vox est iuris civilis*, anche al pretore pronunziante. Il giudice è la bocca della legge, la sua viva voce. L'idea del giudice sotto le sembianze del dritto diventa una caricatura pel pedante che non sa uscire dalla lettera e pel giudice partigiano.

Il giurista in pratica non raggiunge sovente quella educazione profonda che sta nella natura della sua missione. Non di rado egli è soltanto pulito nelle forme del diritto, avveduto ed abile nel guardare gl'interessi, ed esattissimo nel vedere i limiti fin a cui si possa arrivare senza offendere la legge. In tal caso però egli non ha più nulla in sè della sapienza del legislatore, nulla dell'idea etica del diritto, che è il suo vero fondamento; egli non si muove che nelle forme apparenti, le quali sono pur sempre per sè stesse impotenti, quand'anche una volta siano state sufficienti a farsi strada nel contenuto. La sua avvedutezza si limita a giovarsi del diritto, come di una forza, ed a stare in guardia del diritto, perchè forza. In avvocati disonesti e notai astuti una simile abilità giuridica contiene persino un eccitamento al delitto, e se una volontà e una concezione giuridica contraria al fondamento etico tocca anche la magistratura, allora nasce nel popolo un etico pericolo.

Cicerone distingue dal vero giureconsulto il leguleius di professione e il *rabula Cic. de Oratore* I, 55. *Ita est tibi iureconsultus ipse per se nihil, nisi leguleius quidam cautus et acutus, praeco actionum, cautor formularum, auceps sillabarum*, etc. risc. I, 46.

§ 192. Se l' idea che sta a base dell' amministrazione della giustizia si potesse perfettamente realizzare di un colpo, non dovrebbe esservi per ogni causa che una sola sentenza, e tale che decidesse una volta per sempre. L'esistenza di parecchie istanze, per cui si rende possibile un ripetuto esame della causa, ed un'ultima e suprema decisione, è un ordinamento necessario in causa dell'umana imperfezione. Insegna l'esperienza che le parti mercè la sentenza di prima istanza non

Digitized by Google

giungono ad un giudizio obbiettivo e spassionato della loro causa. Da ciò deriva per loro un bisogno di poter tentare ancora una volta le vie del diritto con la coscienza meglio illuminata. La sentenza di un tribunale di appello non può per certo intaccare l'indipendenza del tribunale di prima istanza e della sua sentenza; ma coopera però a far decidere con maggiore avvedutezza e cautela, quando fa sapere che la sua decisione non è l'ultima, e che soggiace alla critica di un tribunale più elevato e considerevole. Quando la rinnovata trattazione non fa che confermare la precedente, l'espressione divine più possente e profonda. In caso opposto le diverse decisioni delle varie istanze recano gran danno alla considerazione di sicurezza e di stabilità che il diritto dovrebbe assumere in faccia al popolo. Ma contro questo danno prevale l'utile di ottenere nei casi importanti mercè un esame multilatere una sentenza sicura e ben maturata.

Siccome il diritto in generale nasce dall'impulso di garentire l'esistenza etica, così anche l'amministrazione della giustizia, i cui benefici sono esposti all'abuso del raggiro (§ 50), produce certe determinazioni proprie a proteggere il suo scopo interno. Tali sono ad esempio l'esigenza di cauzioni, nel diritto attico le multe imposte nel caso di perdita onde punire la spensierata e maligna mania dei processi, nel diritto romano il *iusiurandum calumniae*, *la poena temere litigantium*, ovvero nella conciliazione la *poena compromissa* (Diges. IV, 8, 11). Sono queste delle necessarie creazioni del diritto per prevenire i falsi effetti indiretti dei mezzi offerti per un altro scopo.

Dallo stesso motivo hanno origine le disposizioni penali che preservano l'integra fama e l'onorevolezza dei giudici contro i giudici e gli arbitri che si lasciano corrompere, e contro chiunque corrompa o tenti di corromperli, e inoltre il diritto di riparazione dei danni, quando si possa dimostrare che il giudice, sia per mala intenzione, sia per trascuratezza od errore abbia pronunziata una sentenza ingiusta o abbia danneggiata una parte. Dappoichè il giudice è creato dallo stato o dai comuni e non dall'individuo; dappoichè la giustizia è amministrata e pronunziata in nome del tutto; lo stato o i comuni che isti-

Digitized by Google

tuiscono il giudice e nominano l' arbitro, debbono dapprima riparare ai danni e quindi rivalersene sul giudice o sull' arbitro; ma non dovrebbero, venendo meno alla loro funzione come tutto, sottrarsi ai danni; non dovrebbero in caso di danni avvenuti mercè le pubbliche istruzioni, rimandare gl' individui agl' individui, cioè le parti contro al giudice e all' arbitro come privato, o come ricchezza privata. Lo stesso vale per gl' impiegati (§ 184) i quali nell' ufficio o mercè il loro ufficio rechino danno all' individuo, per es. gli ufficiali di posta che sopprimano lettere o danaro del pubblico che si serve della posta. Il tutto dev' essere a bastanza forte per sostenere nei suoi organi pubblici i propri doveri e diritti. La maggiore responsabilità del tutto renderà più attiva la sorveglianza, e il nobile effetto di conservare ciò che è eticamente giusto compenserà di gran lunga il danno materiale che verrebbe allo stato o al comune dalla garenzia che offre per gli organi pubblici.

§ 193. Se nell' **Amministrazione del Diritto Penale**, non altrimenti che nel civile, la sentenza di un caso riposa in ultima analisi sovra di un sollogismo indivisibile (§ 76 e seg.), il quale, a quanto sembra, non può perfettamente compiersi che da una sola persona; sarà necessario esaminare, come eticamente si possa fare a che nella sviluppata amministrazione della giustizia i membri del sillogismo si dividano fra varie parti.

Uniformemente alla natura delle cose la procedura percorre tre stadi. Dapprima devesi constatare il fatto; indi designare secondo la sua nozione giuridica il fatto constatato con l'azione che l' ha prodotto (specificarlo giuridicamente secondo la sua natura); finalmente giudicare secondo la legge il fatto constatato e specificato. Nel primo stadio si tratta della ricerca dello stato di fatto, che dev' essere condotta in modo, da scaturirne le basi della seconda quistione, cioè della determinazione del concetto giuridico che ha da definire la sua natura *(species facti)*; nel terzo stadio finalmente trattasi della conseguenza che la legge previde nell'azione ormai specificata. La compilazione del sillogismo comincia coll' indagine del *ter-*

Digitized by Google

minus minor, costituito da questo singolo fatto, da questa singolare azione, procede quindi al predicato necessario del *terminus minor*, alla domanda cioè come questa singolare azione debbasi specificare giuridicamente per la sua natura particolare, vale a dire al termine medio, mercè il quale questa singolare azione va sottoposta ad una legge o da essa esclusa, e per tal mezzo, affermando o negando, tira mercè la necessaria legge la conseguenza giuridica, pena o assoluzione, ossia il *terminus maior*.

Certamente i tre membri, la constatazione del fatto, la specificazione dell' azione, che ne fu causa, e la sentenza, che ne segue, sono talmente connessi fra loro, che riguardati nel loro concetto, hanno una ragione per essere come un sol tutto eseguiti dalla stessa persona. Ciò avviene di fatti anche oggidì nei rapporti semplici, per es. nella famiglia, o in contravvenzioni lievi, e così avveniva generalmente nelle origini semplici di ciò che in seguito si sviluppò in molteplici membri, per es. nei così detti Stati patrimoniali. Egli è un fatto però, che a poco a poco ed a misura che si rivolsero cure speciali a render sicuro il dritto e a sottrarlo all' arbitrio, i vari stadi, sebbene connessi fra loro da un legame più elevato, furono assegnati ad organi speciali.

Ed in primo luogo non è prudente, che il giudice istruttore, il quale si occupò della constatazione dei fatti e dei loro moventi, determini anche il concetto giuridico dell' azione da lui messa in chiaro, la *species facti*, e quindi anche la conseguenza giuridica, cioè l'assoluzione o la condanna e la misura della pena. Il movente è di natura psicologica e per conseguenza etica. Il giudice istruttore nel corso della sua azione è prevenuto contro la persona accusata o sospetta di un delitto. Talvolta viene eccitata la sua benevolenza, quando il colpevole la si guadagna per la sincerità della confessione o per reale od apparente pentimento, ed allora egli sarà proclive a designare l' azione con un concetto giuridico favorevole, o a pronunziare la pena entro i limiti concessi al libero parere del giudice, vale a dire traendo la conseguenza giuridica con maggior mitezza, che nol comporti la verità del fatto. Nondimeno per lo

Digitized by Google

più accade il contrario; poichè il giudice istruttore deve penetrare nella posizione individuale dell' accusato. Le sue induzioni prendono innanzi a questo le viste di un sospetto, e le sue interrogazioni l' apparenza di un' offesa alla individuale personalità; per cui l'accusato incomincia ad odiare cotesto intruso assalitore. Per lo contrario al giudice istruttore facilmente sembrano menzogna ed ostinatezza la confutazione delle sue presunzioni fatta dall' imputato e pervicacia il silenzio e la difesa di questo. Quando gli vien meno la logica, egli risponde involontariamente con avversione etica, e getta fosche ombre sul carattere dell' accusato. Mercè il suo ufficio egli vive seco lui in continua lotta, cercando nell' istruzione di guadagnare di passo in passo terreno contro di lui, finchè la fortezza cada e l'incolpato gli si arrenda con una piena confessione, ovvero l'assediante si ritiri senza poco o nulla aver ottenuto. In questa inevitabile opposizione i sentimenti s'indorbidano a vicenda; l' incolpato non si aspetterebbe dal giudice istruttore una sentenza imparziale, mentre a questo sarebbe resa oltremodo difficile quella serena tranquillità, quella posata elevatezza di sentimento, che pur devesi presupporre per la sicura designazione del concetto giuridico e per la ponderata determinazione della relativa pena. Foss'anche il giudice istruttore fornito di sufficiente educazione e nobiltà d' animo per esercitare fermamente e tranquillamente l' ufficio di giudice deffinitivo, pure nè la persona colpita, nè il volgo, uso a misurare gli uomini ad una stregua comune, crederebbero a tale elevatezza: laonde è molto opportuno, per elevare al di sopra di ogni sospetto l' esercizio del dritto, che il giudice istruttore sia escluso dagli stadi ulteriori del processo. Inoltre le attività individuali richieste per la constatazione del fatto sono diverse da quelle richieste per la designazione del concetto giuridico e per la determinazione della conseguenza giuridica, e non è di tutti lo svolgere entrambe coteste attitudini.

Più difficile è il quesito, se sia egualmente necessario o desiderabile di separare gli altri due stadi, che sono strettamente connessi; come ad esempio nella Corte di Assise se il verdetto, che, decidendo sul fatto e sulla specie del fatto, designa il con-

Digitized by Google

cetto giuridico, e la sentenza, che a seconda di questo verdetto assolve o determina la pena, debbano affidarsi ad organi distinti.

Per ciò che riguarda il secondo stadio la Designazione del fatto col relativo concetto giuridico è di grave importanza. La condanna o l'assoluzione dietro immediato parere e senza la mediazione dei concetti giuridici dati dalla legge, come fu proposto per dar luogo alla equità dei giurati senza che abbiano bisogno di disconoscere la classificazione dei proposti concetti giuridici, mena ad un arbitro sfrenato (§ 80). Con la designazione del fatto mercè il concetto giuridico la sentenza deffinitiva è quasi data, e il parere del giudice non ha altro campo, che di determinare la misura della pena. Quindi seguendo questo stretto legame che sta nel concetto stesso della cosa, si inclinerà a porre questi due stadi del processo in una sola mano, e pare che non si possa meglio affidarli, che nelle mani di giudici scienti e pratici del diritto ed educati a giustamente sentenziare.

Nondimeno vi sono dei motivi etici derivanti più dal complesso della vita, che dal particolar compito dell'amministrazione della giustizia, per cui anche in questi due stadi si mantiene nella corte di assise la divisione dei due organi.

Il pensiero che dettò l'Istituzione dei Giurati si fu, che nel contrasto tra il convincimento e la confessione, la quale difficilmente si ottiene da rei ostinati, rappresentassero in certo modo la loro coscienza uomini schietti e accettati dal l'accusato, i quali, cresciuti nel popolo, sentissero fino a qual grado il diritto fosse leso da una determinata azione e richiedesse una espiazione; quindi dichiarassero la loro convinzione circa l'innocenza o la reità. Col chiamare uomini del popolo a pronunziare il verdetto vuolsi soddisfare il sentimento di partecipazione che gli animi prendono alla causa, ed in generale vuolsi aumentare la parte che il popolo prende al proprio diritto. Similmente all'obbligo generale al servizio militare, il dovere ad essere giurato, che chiama tutti ad amministrare il diritto, esercita ed educa il popolo ai principi etici. E questo effetto generale compensa in gran parte gl'inconvenienti e i

Digitized by Google

difetti che vi sono nella istituzione dei giurati, giacchè anche questa istituzione assieme ai suoi buoni effetti ha pure i suoi inconvenienti.

La sua forza sta nei giudici riconosciuti dall' accusato (per cui si rende inutile l' appello, se non la cassazione), nella pubblicità che sorveglia, nella più estesa partecipazione al diritto e nell' elevamento della coscienza pubblica e dell' onore civile.

I suoi inconvenienti stanno principalmente in ciò, che la pruova viene sostituita dal convincimento, e il convincimento viene spesso dettato dal sospetto o attraversato da desiderio personale o da interesse di parte.

Ogni coscienzioso giurato dovrà non scambiare il sospetto col convincimento, perciocchè nel sospetto non vi sono che segni possibili e non reali, i quali sono spiegabili anche diversamente. Egli solo può giudicare, se ritenga il sospetto per convincimento, e quindi affermare in buona fede la colpabilità, o se stima anche il convincimento ben fondato un semplice sospetto, e quindi negare in buona fede la colpabilità. In luogo della logica ponderazione del fatto facilmente agiranno in questi confini tra sospetto e convincimento dei motivi psicologici, come timore o speranza, compassione od avversione. Per un abile difensore sarà possibile di spiegare il fatto diversamente, che per colpa dell'accusato; egli aprirà con ciò un adito, perchè il convincimento sia ritenuto soltanto un sospetto. Per l' affinità dei delitti tra di loro sarà facile inoltre al desiderio o all' interesse del cuore di persuadersi nella quistione di fatto (*quaestio facti*) che è nel tempo stesso questione della specie del fatto (*species facti*), che sia da applicarsi il concetto più mite e non il più rigoroso, esistendo nel caso il delitto più leggiero anzicchè il più grave, per es. omicidio anzicchè assassinio, congiura anzicchè complicità ad assassinio (*misdemeanour* e non *felony*). Or se comunemente la logica del sentimento è più forte della logica dell' intelligenza, la maggioranza dei giurati si metterà su questa via, e per tal modo l'opinione del partito, specialmente nei processi politici, allevierà col suo plauso la coscienza che potrebbe sentirsi oppressa. Per ciò la sentenza dei giurati riesce facilmente malsicura e varia, ovunque sieno in contra-

Digitized by Google

sto la pubblica opinione colla legge, siccome avviene nei processi politici, nelle accuse di duelli ecc. Le simpatie e le antipatie del giorno possono, come instabili e passaggere correnti, attraversare o deviare il saldo procedimento dei concetti giuridici.

Se si volesse trovare una via onde escludere nella maggior parte dei casi i motivi semplicemente psicologici e lasciare il più libero campo possibile all'esame logico; si potrebbe preferire da questo lato un tribunale di giudici giurisperiti, esercitati e stabili. sicchè l'esperimento che si sta facendo di stabilire cotali giudici come giurati, potrebbe risultare molto importante. Se non che in tal caso è necessario che nel popolo esista la piena fede nella indipendenza della magistratura. In generale un tribunale immanente di giuristi giudicherà più rigorosamente secondo la lettera della legge, laddove il tribunale dei giurati sbaglierà logicamente in quei casi in cui sente di *summum ius* come *summa iniuria*.

Nel procedimento giuridico è impossibile d' inventare una istituzione infallibile a mo' di una macchina perfetta.Se il diritto si esercitasse meccanicamente, a guisa di un meccanismo a ruote, l'asse del cilindro, intorno a cui tutto si muove, scorrerebbe pur in ultim' analisi sul diamante del carattere, il quale nè cede nè scappa ; il diritto poserebbe pur sempre da ultimo sulla natura etica del giurato e del giudice.

Poichè ogni ordinamento giuridico ha il suo lato debole e il suo lato forte , ed ogni ordinamento ha il suo ultimo punto d' appoggio nel carattere di tutti quelli che cooperano all' amministrazione della giustizia ; egli è scuola di carattere virile nel popolo di conferire questa dignità etica anche agli uomini del popolo e non ai soli giudici. Certamente quando il popolo è corrotto ed avido di averi o di piaceri, la corte d'assise trapiantata in tale terreno non migliorerà i difetti etici, anzi forse tirerà in rovina la stessa giustizia, la quale nel suo rigore possiede una forza salutare; ma dove il grado etico del popolo è avanzato, colà le corti d' assise contribuiranno a conservarlo ed a temprare i cittadini nel bene e nel giusto.

I vari membri del sillogismo , da cui risulta la sentenza ,

Digitized by Google

cioè i vari stadi del procedimento giuridico, mentre sono affidati a diversi organi, vengono ridotti dal tribunale ad unità. La stretta connessione tra la designazione del concetto giuridico mercè i giurati e la determinazione della conseguenza giuridica mediante i giudici, non deve distruggersi nè rallentarsi. Ai giudici si spetta di rappresentare l' unità, e nell' indirizzo della procedura di compenetrare nel tutto lo spirito logico ed etico. A loro spetta di fare in modo, che nell' andamento che danno al processo, nell'esposizione dei fatti e nella audizione dei testimoni si rilevino i singoli momenti quali motivi di convincimento in modo così chiaro, che i giurati possano giudicare sull' accusa e sulla difesa; spetta a loro di dar lumi sul diritto, e di far noti i concetti giuridici di cui si tratta nella designazione giuridica del fatto; essi devono anzi tutto conservare in tutto il corso del procedimento la dignità della giustizia. Laonde i giudici nelle corti d'assisi non debbono esser tanto negletti, da sembrare di non essere d'altro responsabili, che di far eseguire la procedura. Logicamente ed eticamente parlando, in essi sta il principale sostegno.

Sono questioni speciali, che debbono venir risolute per motivi psicologici ed etici, il sapere in quali casi occorrono delle corti d'assisi straordinarie, corti d' assisi formate da classi di periti speciali, quando il giudizio sulla questione di fatto o sulla colpabilità, come ad esempio nei reati di stampa, non sarebbe possibile senza cognizioni speciali e senza una esperimenta pratica, e che numero di giurati più convenga (§ 74); quindi se sia giusto di richiedere pel verdetto dei giurati l' unanimità, ovvero in quale proporzione la pluralità possa decidere, o se debba congiungervisi per completamento il giudizio dei giudici; finalmente se la risposta alla domanda sottoposta ai giurati debba riferirsi soltanto alla colpabilità, o se possa anche esprimere la colpabilità con circostanze attenuanti. In tali quistioni si scorge da una parte la contingenza di tutta l'istituzione, e dall'altra il bisogno di prevenire tutti i cattivi effetti indiretti.

§ 194. Nell' amministrazione della giustizia civile la parte lesa può promuovere o no l'azione; dipende da lei che l'azione

Digitized by Google

quiesca o agisca (§ 191). Nel diritto penale la cosa sta diversamente. Quando colla infrazione della legge sia lesa la volontà e infranto l'ordine sul quale riposa il tutto etico, è necessario senza eccezione alcuna un repristinamento mercè la giustizia punitrice.

Nel reato essendosi offesi tutti in generale, la querela può lasciarsi a chiunque del popolo o promuoversi d'ufficio. In ogni caso la giustizia attende sempre di essere invocata per spiegare la sua azione. Egli è bene, pur riconoscendo nel diritto penale un affare pubblico, un affare dello stato, di tenere nondimeno la magistratura pura ed aliena dalle indagini di polizia e di non trarla nel campo dell' accusa; di affidar quindi la persecuzione dell'ingiustizia penale ad un organo speciale che agisca in nome dello stato. Egli è al Procuratore dello Stato che spetta di scoprire il delitto e di denunziarlo ai tribunali. Questi è affine al giudice istruttore, e mentre di fronte all'individuo rappresenta la parte più nobile, cioè il tutto etico, egli è pure affine alla parte, in quanto che ha da condurre insieme all' accusato la disputa dei fatti e del loro concetto giuridico. Conseguenza del suo compito si è di riguardare la legge e il fatto lesivo dal punto di vista del tutto etico e dell'interesse dello stato. Vestito della dignità che sta nello spirito etico delle leggi, egli agisce nell' interesse soltanto del tutto e del diritto, e perseguita l' individuo senza tener conto dei rapporti individuali attenuanti. Per tal modo egli si mostra come custode della legge nel popolo e come conservatore del suo rigoroso senso nel tribunale.

Il Procuratore dello stato, raccogliendo i fatti, racchiude già un lato del giudice istruttore, il cui compito si è di scovrire i fatti, di convincerne l'autore, e di mettere in chiaro i motivi della sua azione. Dalla indeterminata possibilità di chi sia l' autore, il Giudice istruttore, trovando impossibile ciò che potrebbe immaginarsi come possibile, ritrova l' autore determinato. Anche la falsa traccia, la quale non viene riconosciuta falsa che mercè caute indagini, coopera a condurlo alla vera. Presentandosi al supposto autore come indagatore del suo segreto, egli esercita quell' intelligenza psicologica mercè la

Digitized by Google

quale trova e combina i segni che conducono alla colpa. Egli, come in generale tutti i psicologi, deve ritenere come la cosa più certa la tendenza dell'anima alla conservazione di sè stesso; perciò la confessione della colpa può essere ritenuta come verità, perciocchè contraddirebbe alla più intima conservazione di sè l' abbandonarsi a quella diminuzione di sè stesso, che trovasi già nella confessione della colpa, nell' opinione altrui che condanna e nella pena che minaccia. Soltanto allora egli diffida della confessione, quando nella confessione di un fatto falso siavi minor danno, che in un altro fatto, che il colpevole voglia nascondere. Il giudice istruttore segue il colpevole, partendo dalla conservazione di sè, presa individualmente. Egli conosce gli affetti dell' uomo della natura in generale, e indovina come essi agiscono individualmente per ispeciali motivi e nelle speciali circostanze; egli conosce la connessione delle disposizioni dell' anima, che nascono nel delinquente dopo l'azione ed in seguito al commesso delitto; conosce i primordi del pentimento e l' inclinazione ai bassi piaceri per istordirsi; conosce l'incostanza nel contegno del colpevole, in cui si combattono i motivi naturali collo scopo artificiale, e sa distinguerli dall' imbarazzo in cui trovasi chi è accusato innocentemente; il suo sguardo riconosce la maschera che uno prende, ed osserva se l' uomo naturale sorpreso non produca delle contraddizioni in quel giuoco artificiosamente assunto. Egli sa mettere in contraddizione la menzogna, che vuol nascondere la verità, col vero che ad essa s' intreccia; egli conosce l' eccitazione o l' ira del colpevole, quando si toccano cose minori, che però minacciano il suo segreto, e segue queste tracce che lasciano intravedere il vero; egli conosce lo studio che il colpevole mette a celarsi, e nel tempo stesso il suo segreto desiderio di liberarsi dall' accusa. La severità, che cerca il vero, e la benevolenza, che anche nel colpevole riconosce l' uomo, sono i sentimenti mercè i quali egli vince gli ostacoli. Il giudice istruttore è facilmente tentato, di fronte a colui che egli stima delinquente e restìo a confessare, di abbandonare la via dignitosa della giustizia, e, conoscendo le debolezze psicologiche del colpevole, di fargli un attacco di astuzie, per es. simulando sen-

Digitized by Google

timenti religiosi, per iscuoterlo. Non di rado avviene, che egli ora spieghi la potestà del diritto per imporre, ed ora confidenzialmente lusinghi per iscovrire. Ma è contrario all' idea della giustizia, che la scoverta dei fatti si debba comperare con ignobili astuzie. Si suole scusarsi di tal fatto, allegando di aversi a fare con bugiardi e menzogneri. Ma è questo sempre il caso? Dove il sospetto abbia colto l'innocente, dove in nome della verità da scoprirsi sieno stati adoperati dei mezzi indegni, essi si mostrano in tutta la loro bruttezza, e il giudice istruttore, che, anzicchè inquirire, intrigò, diviene spregevole agli occhi dell'innocente. Il giudice istruttore deve pertanto essere il prudente e pur degno scovritore dei fatti veri — ed in ciò sta l' onor suo.

Nello stadio dell' istruzione si presenta come una necessità il diritto di arrestare il reo sospetto, diritto che in certi casi può essere una ingiustizia. Lo stato temporaneo di arresto durante l'istruzione, ammesso soltanto per sicurezza, non dev'essere nè una pena anticipata, una condanna precedente alla sentenza, nè una violenza inquisitoria per costringere alla confessione. Ingiustificabile poi è la misura di rinchiudere insieme i delinquenti con chi fino a quel punto godè buona fama, in modo che questi ne può rimanere pregiudicato. Lo stato non può assumere sulla sua coscienza, che gli arrestati escano dalla prigione peggiori di come vi entrarono.

Nel diritto penale la vita e la libertà, l' onore e gli averi dell'imputato stanno in sospeso; quindi è obbligo dell'**Avvocato difensore** di proteggere l'innocente e di preservare il colpevole da una misura ingiusta di pena. Mentre egli presta questo servizio agl'individui, contribuisce essenzialmente altresì, a che la pubblica coscienza del tutto non si aggravi di una ingiustizia. In questo senso egli esercita la sua critica nella esposizione dei fatti, e sottrae il suo difeso dal concetto giuridico aggravante dell'accusa, o per lo meno cerca di farne valere uno più mite. La verità però circoscrive i suoi sforzi; e se la pubblica opinione applaudisce anche alle menzogne dell' avvocato nel caso che queste restino vittoriose, se nel procedimento civile o penale proscioglie gli avvocati dal dovere di seguire il di-

Digitized by Google

ritto e la verità ; essa sconvolge e guasta la coscienza in un membro essenziale dell' ordine giuridico, ed educa alla società una scuola di sofisti demagoghi. Mentre il pubblico ministero rischiara il caso giuridico col rigoroso lume della legge , il difensore lo rischiara col lume più mite della condizione speciale dell' individuo. Soltanto nell' unione di questi due punti di vista il giudice può raggiungere il pieno criterio del fatto. L' avvocato adunque è la difesa dell' accusato, e sta a prevenire la peggiore delle ingiustizie, l' ingiustizia della giustizia.

Infine tutto il corso del procedimento si compie colla decisione del Giudice , fatta da solo o coi giurati. Dopo aver ponderato il pro' e il contro, egli non guarda nè a diritta, nè a manca, e tira dritto nel suo giudizio. Nelle sue convinzioni inflessibile e senza paura, egli realizza il dritto a tutti eguale e conseguente. Dove esistono partiti che si combattono e si avvicendano, il giudice indipendente ha il merito di mantenere un punto stabile in mezzo all' agitazione e all' ondeggiamento delle pubbliche vicende , e di rappresentare un principio immanente in mezzo al variare delle cose. In tal modo il giudice diviene il diritto personificato.

Gli organi che si sono formati nello sviluppo dell' ordinamento giuridico (accusatore, difensore, giudice) possono in date circostanze , come ad esempio rispetto agli ambasciatori ed ai consoli , restringersi nuovamente in una sola persona. Allora ricomparisce l' antico giudice , che in se racchiudeva tutte le funzioni.

Però i Tribunali eccezionali , prodotti da necessità o da passione, non recano bene alcuno; perciocchè in luogo della fede in una giustizia ben fondata essi alimentano il sospetto dell'arbitrio e nello stato etico la diffidenza in luogo della confidenza.

La storia della costituzione giuridica e dell' amministrazione della giustizia è un buono esempio per vedere, come nei diversi gradi di civiltà l' idea etica si sviluppi e vada provvedendosi di organi migliori. Nelle istituzioni dell' amministrazione della giustizia opera sempre l' idea del diritto animatrice dello spirito umano, ma vi contrasta sempre la ragione di stato, che vuol

Digitized by Google

conservare le sue istituzioni esistenti, e minaccia di sopprimere ciò che in esse vi ha di buono.

L'importanza etica del diritto di grazia fu più sopra determinata (§ 83). Se per diritto di grazia s' intende la rettificazione individuale di ciò che, ammesso nella generalità, non si conviene ad un determinato caso speciale, la grazia fatta in massa contraddice a questo senso; essa prende l' apparenza di un favore arbitrario, a meno che un motivo scusabile, come nei delitti politici, non richieda una benignità per tutti. Dove la grazia in massa è necessaria, sarà d'uopo correggere la legge stessa,affinchè non abbia a scapitare nella sua considerazione.

d. Forza armata.

§ 195. È stato già notato, che lo stato deve essere costruito sulla forza come su d'una roccia, e che senza la forza non vi ha fiducia dello stato nella propria legge, nè rispetto degli altri stati alla sua volontà (§ 152. § 177). Quèsta condizione della sua esistenza ed azione ha il proprio organo nella Forza armata, e l'espressione del suo diritto nella Costituzione militare. Perchè lo stato viva tra gli stati come una persona tra le persone, perchè possa vivere, muoversi e dilatarsi a seconda della sua propria volontà; esso ha bisogno di una forza ripulsiva, che in mezzo alle reciproche attrazioni e al reciproco scambio dei popoli faccia sentire il rude vigore dell' intangibile dritto di personalità. Lo stato per sostenere di fronte alla pluralità degl'individui, che in sè comprende, l' unità, l'ordine della sua organizzazione e la forza della sua volontà centrale, ha bisogno di una sicura energia, per la quale egli sia, per così dire, padrone in casa sua (§ 52).

L' indipendenza interna è essenzialmente connessa all' indipendenza esterna; perciocchè quella deperisce senza di questa e viceversa. La forza armata le sostiene e regge entrambe. In tempo di pace essa si mostra semplicemente come una forza in riposo, e in tempo di guerra come attiva e poderosa. Se la nazione ha una storia di valore, la forza armata colla possente

Digitized by Google

spada nel fodero e col forte braccio che la sostiene, coll'esercito pronto a combattere senza però che attualmente combatta, può, come semplice potenza, preservarsi per generazioni dal sangue e dalle rovine della guerra, e dare quella sicurezza, di cui ha bisogno lo sviluppo delle forze, che senza di essa sarebbero esposte ad ogni pericolo. La mera possibilità, che su questo campo si riflette nella paura dei sudditi e nel rispetto degli altri stati, non si mostra in nessun' altro luogo più possente. Ma dietro a questa possibilità sta l'opera sempre attiva e vigorosa dello stato, di mantenere le forze in istato di difesa, lo spirito sempre pronto alla lotta ed in generale di tener vivo il valore nel popolo e benanche di aumentare in tali indirizzi la sua forza. La nazione non deve mai pensare a restringere la sua forza militare o a lesinarvi sopra. Nello stesso spirito guerriero, con cui il popolo diè fondamento all'esistenza dello stato, debbono tutti trovarsi pronti a conservare tale esistenza perfino con un prezzo superiore ad ogni altro, col prezzo della propria vita.

Egli è così, e non altrimenti; ed è pure nobiltà grande di animo quella di suggellare col sangue i sommi beni della vita. La chiesa cristiana ha la sua base sul martirio; e un riformatore rende lode a Dio, che la dottrina del puro evangelo abbia sostenuta la prova del fuoco nei suoi due primi apostoli, e che egli stesso è pronto come quelli a predicare e morire. I principi, che nei giorni di rivoluzioni vanno incontro alla morte per la loro causa, come causa del diritto, vincono e vivono, e se cadono, vincono nondimeno, e la loro causa diviene più stabile. I disertori sono i traditori del diritto del principe. Quindi tutta la nazione dev'esser pronta nella maschia lotta a sacrificarsi in pro' della propria esistenza etica e dei propri beni morali. Allora essa diviene invincibile; e se è pur vinta, fa germogliare nondimeno dalla stessa sua disfatta la grandezza del suo avvenire.

Una nazione non è valorosa, se non reprimendo i snervandi piaceri. Il valore è il trionfo morale sull'istinto naturale della cieca paura e della fantasia da essa eccitata; esso guarda con occhio severo e sicuro in mezzo alle minacce del pericolo, che

Digitized by Google

combatte con una forza risoluta di azione. Quindi il valore riesce benefico alle altre virtù della nazione, e le infonde uno spirito gagliardo che si trasfonde anche nelle altre attività. « Nessuno rivela maggiore amore di chi sacrifica la propria vita per i suoi amici ». In questo pensiero il valore, se non è fondato sulla forza brutale, ma su nobili sentimenti, è connesso ai più elevati movimenti del cuore umano. É elemento caratteristico del valore, che la lotta sia sostenuta per un nobile bene e per un nobile scopo, cosa già rilevata dagli antichi (Aristotile *eth. Nicom.* III, 9 e seg.); ed è compito della forza armata, la quale si tiene sempre pronta per la patria, di alimentare questo spirito di valore in sè e di propagarlo dintorno. Siccome nel concetto del valore sta, che esso abbia un grande e degno scopo, ne deriva che gran parte dello spirito che anima un esercito dipende dallo scopo, pel quale la volontà dello stato l'impiega. Una guerra di difesa, guerra che può talvolta prendere l'aspetto di un attacco, rileva la giustizia del valore, trasfonde nella nazione un sentimento di comunanza e nobilita il coraggio. Un esercito, spedito per conquiste, diviene avido, oltrecotante e rapace; e quando ritorna ai patri lari, corrompe il popolo col suo spirito. Anche in ciò la parte non può essere etica se non lo è il tutto.

Poichè lo stato è basato sulla forza, i vari stati, secondo la loro condizione interna, hanno fatto degli esperimenti per organizzare nel miglior modo la loro forza militare, or con l'appello alle armi, or assoldando, or con eserciti stanziati mercè reclutamento, or obbligando certe classi al servizio militare, ora con la coscrizione per sorteggio, ed ora finalmente coll'obbligatorietà generale al servizio militare.

Le truppe assoldate, che fanno esercizio di guerra come di un mestiere, offrono a prezzo il loro valore, rendono pusillanime la nazione che le assolda e trascinano per lungo la guerra, sono il peggior genere di milizie. Altre istituzioni, che partono dal principio che l'obbligo militare sia soltanto un carico e non un diritto della nazione, hanno dei difetti affini agli accennati; perciocchè insegnano, per esempio, a certe classi, che si liberano dall'obbligo militare, a ripararsi dietro la spada altrui,

Digitized by Google

e perchè, come negli eserciti arrollati, rendono il generale vittorioso temibile al principe.

L'obbligatorietà generale al servizio militare corrisponde al concetto etico dello stato. Ogni altra organizzazione del servizio militare si cangia in vile privilegio degli assentati e in dispotico aggravio dei ritenuti. L'uomo sano deve prender parte, perchè abile a combattere, all'onore delle armi; e tutti devono sentire il dovere di garentire e di difendere la forza e la salute della patria. Questa istituzione procaccia allo stato non solo la maggior forza e il maggior vigore militare possibile, ma è nello stesso tempo una scuola di coraggio e di obbedienza, e, di fronte alla coltura astratta che gode soltanto i prodotti dell'altrui lavoro, è per le classi elevate un esercizio nel commercio immediato cogli uomini e colle cose. Nella nazione infine si produce una grande forza, quando in ciascun individuo si trovano insieme le attitudini della guerra e della pace. Misurato alla partizione del lavoro, secondo il principio dei filosofi della economia nazionale, ciò non sembrerà nè necessario, nè economico; ma nel perfezionamento dei prodotti mercè la divisione del lavoro l'obbligo generale al servigio militare si mostrerà pure di una influenza benefica, poichè esige ed esercita l'uomo nella sua integrità e non come una parte puramente meccanica. Mercè l'obbligatorietà al servizio militare lo stato compie la maschia educazione, ch'egli incomincia al fanciullo nella scuola popolare, e innanzi tutto dal lato etico. La teoria nazionale economica ha riguardato anche il sistema del servigio militare come una posta di assicurazione, come un premio per la sicurezza esterna, e secondo il suo calcolo ha trovato troppo smisurato l'obbligo generale al servigio militare, per cui vengono sottratte le forze più attive all'esercizio del lavoro e al benessere delle famiglie. Un calcolo così mercantile dell'obbligo al servigio militare, (non di rado conseguenza di amore alle ricchezze e alla vita voluttuosa, per cui sotto l'apparenza di teoria si copre la viltà) può divenire un tradimento di patria e libertà. La dottrina nazionale economica ha il suo pregio nella produzione e nella circolazione dei beni; ma nel bene dell'esistenza e della libertà, senza di

Digitized by Google

cui tutti gli altri beni dello stato non sono più beni, il suo apprezzamento è fallace e ingiusto. L'obbligo generale al servigio militare, che nel senso dell'economia nazionale richiede i più grandi sacrifizi, quando si venga ad una guerra, racchiude indirettamente per la nazione la garenzia che le guerre saranno più giuste e più brevi.

Ann. Platone nello Stato (II pag. 375. IV. pag. 430) designò il guerriero nella nobile idea della sua essenza. Il guerriero dev'essere zelante e lesto all'azione, di accorgimento sottile e pronto ad intendere la situazione e forte all'occorrenza di vincere combattendo. Ardito contro i nemici, ei dev'esser mite e dolce verso i suo amici e cittadini. La classe guerriera, conservando del tutto la giusta e legale idea di ciò che è o non è da paventare, e accettando le leggi ed impregnandosene, come la stoffa di lana fa del color di porpora, si pone accanto all'intelligenza del governo, e conserva nello stato il vero colore del costume, cui niuna lisciva, nè voluttà, nè timore, nè passione può far sbiadire. L'esercito ha ancora in tempi assai posteriori, quando le altre classi traviarono nelle rivoluzioni, avverato questo concetto platonico della classe guerriera, ed è tuttavia suo compito d'insinuare questo sentimento sul rimanente della nazione, con cui viene a contatto, come ad esempio sulla *Landwehr* che ad esso si collega. Finchè un esercito conserva ed è animato da questo spirito, esso resta immune dalla corruzione che perverte la classe militare, quando si pone la burbanza in luogo dello spirito di cavalleria, il cinismo in luogo della castità, la vanità in luogo della forza, la milanteria in luogo del modesto e costante valore, il *miles gloriosus* in luogo del ben fondato onore, la smania di avventure in luogo del servizio severo ed esatto.

Ugo Grozio (*De iure belli ac pacis* 1625. II, 26, 4) lascia all'individuo il giudicare della giustizia della guerra e la libertà di non servire in una guerra ingiusta, come al carnefice quella di non decapitare. Egli è chiaro che in una guerra nazionale un tale giudizio e beneplacito dell'individuo non è possibile. Lo scrupolo che possa sentire un soldato coscienzioso viene vinto dalla fede alla moralità del tutto e del governo. Quanto più rigoroso è il dovere dell'individuo di presentarsi all'appello sotto le armi, altrettanto è giusto di dare alla nazione mercè la pubblica opinione la garenzia della giustizia della guerra, alla quale contribuiscono gli altri organi costituzionali.

Digitized by Google

§ 196. L'organizzazione della forza militare ha per meta la guerra, ed anche in pace deve avere per iscopo di abituare allo spirito guerriero. Da questo scopo interno (il cui compito è tanto più grande, in quanto la pace aliena dalla guerra, il sentimento della sicurezza assopisce i pensieri e gli aumentati godimenti ammolliscono gli animi) ha origine l'Ordinamento giuridico dell'Esercito.

La condotta di una guerra ha ciò di particolare, che corpi più o men grossi agiscono come dei tutti, e come tali esercitano nell'azione generale il maggior vigore di cui sieno capaci. Egli è quindi di prima necessità, che l'individuo sottometta perfettamente la sua volontà a quella del tutto, e segua non il proprio impulso ma quello del tutto. Ciò che fisicamente si riguarda come inerenza della parte nel tutto, è eticamente obbedienza, come lo dimostra il soldato in rango. L'unità del comando e la pronta obbedienza di tutti sono sul campo di battaglia le condizioni della vittoria. Ogni disordine, ogni trascuranza dell'individuo può compromettere gli altri o il tutto. Dall'altra parte la cieca obbedienza si cangia in propria convinzione ed azione, quando dal tutto si distaccano dei corpi per uno scopo parziale e i condottieri eseguono entro i limiti dell'incarico ricevuto dei movimenti di propria iniziativa. Anche un sotto-ufficiale distaccato è un condottiero in miniatura, e il soldato isolato al suo posto o al suo avanposto agisce di propria responsabilità. Alla sottomissione si avvicenda un'attività autonoma individuale che soddisfa l'orgoglio del militare, ed in questa vicenda di sottomissione e d'indipendenza sta la forza educativa e costitutiva della classe militare, come pure la sua speciale attrattiva.

L'obbedienza e il sentimento d'onore si contemperano a vicenda nella vita del soldato. Ripugna alla umana dignità di aver paura, o di mettere in non cale vilmente il suo dovere, e ciascuno sente onore nell'essere valoroso. L'onore dà elevatezza all'ufficiale, perchè non lo renda dispregevole per la sua obbedienza, nel tempo stesso che l'obbedienza gli dà moderazione, perchè non inorgoglisca nel sentimento d'onore. Il diritto militare si muove essenzialmente intorno a questi due centri etici.

Digitized by Google

Si potrebbe domandare fino a qual punto l'onore meriti di essere designato come un centro etico. Il soldato si compiace di guardarsi nel riflesso dell'altrui opinione. Il pensiero che ad altri faccia piacere di essere riguardato come valoroso,lo innalza innanzi ai propri occhi,e viceversa lo abbassa quello di essere da loro considerato con dispregio,e di scorgere nella loro considerazione bruttata la propria imagine. La dipendenza dall'altrui opinione sembra eticamente una debolezza. Però se l'opinione, in cui l'individuo si specchia, contiene in sè un giusto apprezzamento, quale si deve presupporre nello spirito del tutto etico, e quale dev'essere la cura dello stato e del duce ; il sentimento di onore diviene il sostegno della maschia virtù: sicchè è appena imaginabile, che il valore e l'obbedienza restino indifferenti verso un tal sentimento di onore; perciocchè il valore nasce direttamente dal sentimento d'indipendenza, che è molto affine all'orgoglio che si sente per l'onore.

La guerra fra i popoli accende la passione dell'un popolo contro dell'altro ; la sanguinosa battaglia scatena nell'uomo volgare la rapace fiera che la coltura teneva infrenata, e l'uomo diventa feroce come leone ammansato quando lecca il sangue. Fa d'uopo quindi di una rigorosa disciplina per domare l'eccitata moltitudine e perciò avida e cupida.

Per abituare alla spontanea sottomissione , alla pronta obbedienza e alla sicura disciplina, l'ordinamento giuridico della forza armata richiede mezzi più forti e punizioni più severe, che non richiedano i tranquilli rapporti della pace; esso deve rendere possibile a chi comanda di tenere ben strette le briglie.

Ma altrettanto universale dev'essere l'indirizzo dell'ordinamento giuridico al sentimento d'onore. Egli è un tratto di arrogante dispreggio agli uomini , l'accordare gli onori soltanto agli ufflziali ed imporre al gregario soltanto un'obbedienza meccanica. Da ciò è derivata la falsa tendenza di abituare il soldato mercè la paura a non essere che uno strumento senza volontà, e per questo falso scopo si è formato un falso diritto, per es. quello del bastone del caporale, diritto che autorizza a punizioni disonoranti negli esercizi militari. Coteste rozze punizioni derivano particolarmente dall'orgoglio delle

Digitized by Google

classi elevate verso coloro che servano come gregari. Se al concetto dello stato corrisponde l'obbligo generale al servigio militare; una tale organizzazione reclama necessariamente una disciplina più umana. Anche in ciò quello che è universalmente giusto trae seco ciò che è giusto nei particolari. Nel diritto penale militare importerà di regolare le punizioni per modo, che rialzino il sentimento di onore in tutto il corpo dell'esercito senza distruggerlo nell'individuo punito.

Finalmente se si tratta di frenare la paura della morte (la quale fa obliare il proprio dovere, e che per la viltà di un solo mette a repentaglio la vita di molti) mercè un' idea di una morte più certa; egli è inevitabile che il codice militare sia scritto col sangue. Laonde, quando pure si togliessero tutte le altre pene di morte, questo mezzo estremo dell'estremo rigore dovrebbe pur serbarsi nel codice militare quale àncora di salvezza.

Nella guerra il tutto agisce da tutto; quindi il legame di obbedienza che unisce le parti al tutto è rigorosamente necessario, sicchè un riguardo al principio individuale diviene difficile e impossibile. Il diritto militare è nei Consigli di Guerra sommario e pronto, perciocchè nella guerra tutto dipende dal momento, nè è possibile l'indugiare. L'esempio contaggioso della viltà o del tradimento richiede un' immediata repressione (§ 61), e la sollecita giustizia diventa una necessità. Da un lato questa circostanza contribuisce a rendere più vigilante l'attenzione degl'individui sulle proprie azioni, e dall'altro impone più alte esigenze all'assennata giustizia del comandante o di coloro che costituiscono il Consiglio di Guerra.

Dovendo l'esercito essere animato dal valore, ei val bene la pena di riferire a questa virtù l'indirizzo dell'ordinamento giuridico dell'esercito. — Già il grande Aristotile mostra (*Eth. Nic.* III, 11) che nè il valore provveniente dal timore della vergogna o della pena, nè quello provveniente dalla sicurezza, che nasce dall'esercizio del mestiere della guerra, è il vero valore. Per ciò che riguarda il timore della pena, egli è certo, che le leggi non fanno altro che comprimere il timore, la qual cosa è l'opposto del libero sentimento che rende perfetta la virtù. Ma esse garentiscono esternamente le condizioni del

Digitized by Google

principio etico, e mentre tirano e contengono determinati limiti, il sentimento del diritto viene in essi contenuto ed abituale. Per ciò che riguarda poi il timore della vergogna, cotesta osservazione ricorda anche nell' ordinamento giuridico, per esempio dove si tratta di pene infamanti, a non perdere di vista i motivi etici.

L'idea del Generale in capo si è, ch' egli sia l'intelligenza e la volontà dell'esercito, l'anima saggia e risoluta del gigantesco corpo dalle cento braccia. Da ciò consegue, insieme ai suoi doveri e alla sua responsabilità, il suo diritto incondizionato al comando, e pei membri sottoposti al volere dell' unità i rispettivi diritti e doveri.

d. *La Costituzione dello Stato.*

§ 197. Se lo stato è un uomo in grande, e lo stato tra gli stati una persona tra le persone, la meta di ogni costituzione si è di rappresentare la forma legale secondo cui i molti vengono compresi nell' unità e i vari poteri nel regime. Quindi lo stato si compirà come uomo e come persona. Ma poichè lo stato è un uomo in grande, quindi uomo, e nell'istesso tempo complesso di uomini e persone tra gli stati; così l'idea dell' uomo, che sta a fondamento, si svilupperà in guisa particolare mercè queste differenze, dalla cui conformazione col principio umano universale ne deriverà il principio speciale dello stato, che si presenta nella sua costituzione e nella sua storia.

Fu osservato più sopra (§ 37), che nell' idea del perfezionamento umano tre idee, ciascuna armonica con sè stessa e colle altre, stanno a fondamento del bene nel senso più lato e pieno della parola, e che soltanto nella loro armonica unità manifestano tutta la bontà,verità e bellezza di cui sieno capaci. Dove vediamo il buon volere, la giusta intelligenza e la bella rappresentazione talmente eccitarsi e promuoversi a vicenda, che la volontà vuole il giusto e il vero per amore del vero e del giusto, e l' esecuzione, soddisfacendo allo scopo del buon volere e della giusta intelligenza, per ciò appunto diviene bella, e come bella appaga il concetto; noi ci rallegriamo di quell' umana elevatez-

Digitized by Google

za, in cui il fondamento spirituale ha sviluppato le tendenze naturali, e la volontà e l'intelligenza hanno rialzato la forza e l'istinto per farne una sola personalità etica. Avendo così designata la differenza fra l'uomo individuo e lo stato, or nasce spontanea la domanda, cioè che cosa nello stato corrisponda al buon volere, alla retta intelligenza e alla forza della relativa e perciò bella rappresentazione.

La volontà dello stato non può avere altra mira che il benessere, nel senso etico, delle parti mercè il tutto e del tutto mercè le parti. Il suo intendimento si è, che l'uomo in esso (nello stato) e l'uomo nelle parti (negl'individui) divenga sempre più uomo o rimanga uomo (§ 40). Lo stato traligna nella sua natura, quando non cerca che il benessere di una parte o soltanto l'utile del principe, quando la sua volontà non cerca che una cosa particolare a spese dell'universale. Inoltre la sua intelligenza è Sapienza, se, secondo l'uso invalso nel linguaggio, riferiamo la prudenza agli scopi limitati della parte e comprendiamo la sapienza quale intelligenza individuale, che scaturisce dal tutto per le parti e dalle parti per il tutto (la φρόνησις *Aristot. eth. Nic.* VI, 5. VI, 7, *prudentia, Klugheit* nel senso in cui l'adopera Lutero). Infine la forza che esso manifesta è la forza dell'esecuzione determinata dall'intenzione e guidata dalla sapienza.

Poichè lo stato è una persona tra gli stati, cioè a dire una persona in mezzo alle persone, che difende il suo dritto per orza propria, e non per la protezione di un tutto più elevato, come avviene per gl'individui; così la forza dello stato, che corrisponde alla forza esecutiva degl'individui, ha una importanza maggiore che per gl'individui. Lo stato poggia sulla forza, come sulla sua vera e ben soda base (§ 152); mediante la forza egli crea le istituzioni, in cui ha gli strumenti della sua idea; per essa difende il suo dominio contro gli altri stati, e lo estende, quando la sua esistenza etica lo richiede.

Lo scopo di ogni costituzione si è adunque di rappresentare l'unità della volontà, dell'intelligenza e della forza nel reciproco rapporto delle parti col tutto e nel modo più sodo e proficuo di cui sieno capaci le condizioni storiche. Mer-

Digitized by Google

cè la costituzione (sia dessa un prodotto spontaneo della storia, ed un lavoro legislativo) lo stato, uno in sè, deve avere la forza pel bene, l'intelligenza del bene e la volontà al bene. E questa è l'idea a cui tende l'istoria nelle diverse forme costituzionali stabilite nei vari periodi del suo progresso, e che deve sempre individualmente realizzarsi. Esse tutte hanno la loro ultima misura in quest'ultima meta. Dove quindi un indirizzo democratico, ad esempio, tende a raggiungere la volontà del governo mercè il popolo, lo che per sè stesso è uno scopo ben giusto,ma rende mal sicura l'intelligenza, come avviene nelle assemblee legislative troppo numerose (§ 74), o affievolisce per una soluzione atomistica la forza del tutto; ovvero dove per lo contrario, come per esempio nelle tendenze assolutiste, si tiene in poco conto l'intelligenza degl'individui in nome della forza centrale, per cui viene falsata anche l'intelligenza del tutto e paralizzata la volontà che ha per iscopo il benessere del popolo: ivi tali tendenze sono in contraddizione con quello scopo e quindi biasimevoli.

Una forma ottima di costituzione, in cui si possa completamente raggiungere la richiesta unità di forza, volontà e intelligenza, non è possibile, perchè il materiale, di cui si costituisce lo stato, le condizioni e le tendenze di forza che si trovano esistenti e che devono essere rivolte all'ideale e alla difesa del diritto, sono diverse di fatto a seconda del nesso storico e delle condizioni del paese. All'istesso modo che nella natura l'idea della vita, o l'idea di un organo non si compie in un tipo uniforme, non si può neppure attribuire allo stato un'unica e sola forma ottima di costituzione. Ciò che importa si è ch'essa prepari e conformi al dato materiale il miglior organo possibile. Importa ordinare e render stabili le date forze secondo la designata idea dello scopo, e di renderle con ciò più elevate e più vitali in sè stesse; ma egli è un arrischiato tentativo, che per lo più si cangia nel suo opposto, quello cioè di volere, secondo un piano astratto contrario all'impulso della propria conservazione, dirigerla sopra vie designate e prestabilite (conf. § 151 Ann. verso la fine).

La legge fondamentale dello stato deve avere lo scopo di pre-

Digitized by Google

servare la forma individuale dell' unità di volere, d'intelligenza e di forza che sta a base dello stato, dalle influenze degli avvenimenti e dall' arbitrio così dei governanti che del popolo.

Soltanto sulla base dell' unità di forza, volontà e intelligenza lo stato può essere valoroso nella sua organizzazione militare, saggio nelle sue leggi, benevole e provvido nella sua amministrazione e giusto nell' esecuzione delle leggi. Quando lo stato è così fatto, gl' individui altresì sono valorosi e intelligenti, buoni e giusti; nel caso opposto questi deperiscono eticamente, e soltanto pochi giungono a salvarsi in mezzo alla moltitudine corrotta. In simili condizioni la chiesa dura moltissima fatica a nuotare contro la corrente. Uniformemente al pensiero ed al rapporto fondamentale l' etica dello stato deve fondersi con quella del popolo e l' etica dell'individuo con quella dello stato. E dove vediamo degli stati storici muoversi e fiorire nelle umane virtù, ivi la nostra natura etica si sente confermata ed elevata in queste grandi concezioni.

§ 198. All' istesso modo che lo stato limita con precisione e difende i confini del suo paese, deve altresì con precisione determinare e stabilire chi siano i suoi Cittadini, perchè conosca chi abbia verso di lui dritti e doveri e chi no. Or poichè questa determinazione da un lato racchiude nello stato delle persone e dall' altro ne esclude, così non ha soltanto un lato interno; ma un altro ancora che tocca il dritto internazionale. Di ciò il vero principio si è, che lo stato si continua fin dove il popolo si estende. Donde consegue che il cittadino all'estero non diviene straniero, ma riman sempre cittadino e che i figliuoli ovunque nati appartengono allo stato dei genitori, non essendo razionale di attribuire ai limiti geografici, in cui si nasce il conferimento del diritto d' indigeno e di cittadino. Oltre a questi figliuoli appartenenti allo stato, questo può creare dei nuovi cittadini, che si potrebbero somigliare ai figli adottivi, mercè la naturalizzazione. Poichè i doveri e i dritti fra stato e cittadini sono reciproci, ne segue che la soluzione di tale rapporto dev' essere di comune assenso. Allo stesso modo che lo stato non ha la facoltà di espellere i suoi cittadini, perchè nessun altro stato ha il dovere di accogliere gli espulsi;

Digitized by Google

non possono gl'individui emigrare senza il consenso dello stato; perciocchè l'autorizzazione ad emigrare dev'essere principalmente determinata dalla condizione, che colui il quale vuole abbandonare la patria, non lo faccia per sottrarsi ai suoi doveri più imponenti, come a mo' d'esempio al dovere del servizio militare. Diversamente il diritto di emigrazione potrebbe diventare un pretesto per trascurare i propri doveri o per covrire la viltà, ed esporre lo stato ad una sconfitta nei momenti di pericolo.

Dal complesso dei cittadini (da tutti quelli che sono tali perchè indigeni) si distinguono gli Staatsbürger, (pubblici cittadini) i quali a seconda della speciale costituzione, sono investiti di diritti speciali, per es. dei diritti elettorali, per determinare direttamente o indirettamente, sebbene in proporzione infinitesimale, la volontà dello stato.

§ 199. La Sovranità è il concetto fondamentale su cui poggia lo stato tanto rispetto ai propri sudditi che rispetto ai popoli esteri.

Più sopra (§ 153) è stata ribattuta la speciosa ma sovversiva proposizione di Rousseau, che il popolo cioè è il sovrano, il popolo come massa indistinta, che non ha nè capo nè membra, la svariata e confusa pluralità in opposizione della unità, mercè cui solamente la forza giunge ad essere diritto. La sovranità per lo contrario, se il concetto si comprende universalmente in modo, che comprenda egualmente monarchie e democrazie, è da attribuirsi allo stato, in quanto esso non è il popolo sconnesso, ma la nazione divenuta etica mercè il suo necessario organamento.

La sovranità è la volontà dello stato basata in sè stessa, basata quindi, come ogni altra volontà, sulla propria forza e sul proprio pensiero, conscia delle sue molteplici facoltà nel riposo, e signora di sè nel movimento. La sovranità come volontà è l'autocoscienza, l'autonomia e il sentimento di sè dello stato; autocoscienza mercè il pensiero del centro intorno al quale si aggirano le forze, autonomia mercè la forza della propria essenza, e sentimento di sè in proporzione della propria autarchia (§ 151 e 152). L'incompresa profondità, che il concetto della *suità* ha psicologicamente ed eticamente, trascorre con una grandez-

Digitized by Google

za aumentata dall'individuo allo stato, se nella sovranità riguardiamo una *causa sui* derivante da un movimento etico.

La sovranità del popolo, presa nel senso di Rousseau, è la forza delle passioni messa al di sopra della volontà; perciocchè le tendenze degl'individui ci rappresentano le loro passioni che s' incontrano e s' incrociano, si limitano e si rafforzano a vicenda; laddove la sovranità dello stato, giustamente concepita, è la forza della volontà che domina le passioni.

Lo stato sovrano, autonomo nel pieno senso della parola, non ha veruno stato al di sopra di sè, ma ne ha molti a sè coordinati; egli è intangibile nei suoi rapporti interni, e sta sopra un piede di eguaglianza cogli altri nei rapporti esterni; esso tratta da eguale ad eguale, se pure con diversa forza, mercè la personalità del volere e mercè l'inalienabile autonomia. Dai medesimi elementi da cui nasce la volontà dello stato nasce altresì la sovranità, la quale, secondo il suo concetto, è una unità indivisibile, realizzantesi ora in modo più intrecciato e vario, come nella democrazia, ora in un modo più semplice e personale, come nella monarchia. Il sentimento di autonomia s'insinua nello stato tacitamente e con sicurezza nei più grandi e piccoli movimenti; ma dove la sovranità si mostra autoconsciente in atti di molta importanza (per esempio nella proclamazione della guerra o della pace), ivi assume forme solenni. Il sentimento di sè della consciente pienezza della forza, che nelle democrazie si ripartisce nella massa, si concentra nelle monarchie nel principe (sovrano), in cui i sudditi veggono e temono la maestà dello stato, il pensiero e la volontà del re e la forza complessiva della patria.

§ 200. Nell'antica distinzione delle forme costituzionali di Monarchia, Aristocrazia e Democrazia la base e il principio di tale distinzione apparentemente non è che il numero; ma se si pondera bene e si rintraccia l'origine del dominare un solo, molti o tutti; ei si riconoscerà un rapporto molto più profondo.

Dal concetto dello stato, il quale comprende la nazione nell'unità di un uomo in grande, risultano principalmente due forme; giacchè la realizzazione della volontà che cangia la nazione in istato, può immaginarsi in duplice, modo, o rappresen-

Digitized by Google

tando l'unità del centro nella volontà di una sola persona, come nella monarchia, o facendo derivare dalla volontà dei molti la volontà unica, e determinando in certo modo il centro dal punto ove i raggi della periferia s' incontrano, come nella democrazia, rimanendo però come principio anche in questo concetto, che il tutto preceda le parti. Nella democrazia fin dal primo momento di sua origine la forza invisibile del tutto, da cui nasce l'organamento, e su cui le parti hanno il loro fondamento, è lo scopo comune, che, superiore a tutti, è pure il bisogno di tutti, e che, da tutti sentito, crea la coscienza comune politica e trova la sua prima espressione nella costituzione di una sovranità. La monarchia e la democrazia derivano quindi dall' antitesi di unità e pluralità, amendue essenziali allo stato. Se affine ad essa è l'antitesi di sovranità e di sudditanza, questa nella rigorosa monarchia è costituita in modo, che il monarca è solamente sovrano e non suddito, e i sudditi solamente sudditi e non sovrani, a meno che non lo diventano, facendo le veci del monarca e per sua volontà; laddove nella democrazia pure i sudditi prendono o possono prender parte alla sovranità del tutto.

Se si guarda all'origine storica o all' origine probabile dei tempi preistorici, la monarchia, la quale si fonda sulla superiorità della volontà o della forza o della virtù individuale, troverà la sua base in parte nella famiglia, che ha il suo capo naturale, e in parte nella conquista; perciocchè la guerra richiede unità di direzione, e dalla guerra deriva quella naturale confidenza che si à in chi è posto nel centro del tutto, la pronta obbedienza al comando che viene dal centro e la virtù dei sudditi conservatrice del tutto. La democrazia nasce in una maniera opposta. Talora essa si manifesta come una monarchia decaduta o vinta, come nelle rivoluzioni, tal' altra com' espressione di uno scopo comune per molti eguali, come nella fondazione delle colonie. La monarchia, rivolta alla forza, riceve l'etico impulso dei suoi movimenti in particolar modo dalla necessità di rappresentare nello stato l'unità dell'uomo in grande; la democrazia per lo contrario sotto il nome di libertà lo riceve dal bisogno di formare i singoli uomini quali uomini in sè.

Digitized by Google

Fra queste due forme fondamentali cioè la Monarchia, che è la volontà del centro per sè stessa, e la Democrazia, che ha il suo centro nelle volontà complesse della periferia, si svolge una forma media, l'Aristocrazia, la quale, veduta dalla democrazia, ha una tendenza verso la monarchia, e, veduta dalla monarchia, ha una tendenza verso la democrazia. Istoricamente essa si forma in parecchie guise, e nasce colà, dove pochi acquistano una condizione di forza tale, che insieme possono sopperire alla difesa del principio etico della nazione altrimenti privo d'aiuto, e che in questa difesa esercitano la conservazione e lo sviluppo della propria forza. Può sorgere un'aristocrazia, allorchè una nazione democratica sottomette a sè un'altra mercè una conquista, per modo che si formano delle famiglie più potenti di fronte ad altre meno potenti. Oltracciò sì nella democrazia che nella monarchia può esservi una nobiltà, la quale dominando le vicende delle cose può mettersi in luogo della monarchia o della democrazia. Nella monarchia, per esempio, si forma (allo scopo di assodare la propria forza o di esser utile al governo) la nobiltà feudataria, la nobiltà di corte e la nobiltà di merito. Nella democrazia, a misura che la si estende al di là di una ristretta provincia o città ed entra in più vasti rapporti, vi ha bisogno di uomini di fiducia, che rappresentino i pubblici interessi, e che mercè un'intelligenza ed un sentimento superiore al comune egoismo formino una forza superiore.

La storia ci presenta tutte tre le forme, l'Aristocrazia, la Democrazia e la Monarchia; le quali, nate da necessità storiche, sono giuste soltanto a misura che loro riesce di attuare l'idea dello stato, che è l'unità della forza, della volontà e dell'intelligenza. Finchè ciò fanno, esse sono vere costituzioni. Nondimeno, similmente agli uffici (§ 184), esse possono venire in contraddizione col loro scopo interno e corrompersi in duplice modo. Le costituzioni o invecchiano per la forza delle abitudini, divenute dolce e commodo costume, allorchè l'attività della volontà e dell'intelligenza si affievolisce e scompare, lasciando inconsiderate anche le nuove forze della civiltà; ovvero tralignano, servendo ai partiti anzicchè al tutto, e facendo sì che la

Digitized by Google

volontà, la quale dovrebb'essere diretta al tutto, si perda nell'egoismo dei governanti, sicchè il potere diventa arbitrio e la sapienza astuzia. Il linguaggio ha designato in un moto particolare quest'ultimo modo di corruzione, apponendo ad ogni specie di costituzione un nome correlativo opposto; così alla Monarchia la Tirannide, all'Aristocrazia l'Oligarchia, alla Democrazia l'Oclocrazia — ovvero alla potestà regia il Dispotismo, al governo dei nobili la *Junkerwirthschaft* (governo dei nobilizi) e l'aristocrazia della ricchezza, e allo stato libero la demagogia.

Da quanto si è detto risulta, che il diritto costituzionale sotto qualsiasi forma deve sempre tendere a conservare l'idea dell'unità di forza, di volere e d'intelligenza, ed a preservarne il tralignamento.

Ann. Alle tre forme principali esposte da Platone nel *Politicus*, svolte da Aristotile unitamente alla loro corruzione, ammesse da Polibio e durate attraverso i secoli, vi è stata aggiunta nei tempi recenti, come quarta, la Teocrazia (Ideocrazia), la quale si designa nei suoi tratti più puri nella storia giudaica 1). Si domanda, se questa possa valere come una costituzione particolare fra le altre, come una specie tra le altre specie. Ciò che ha di speciale questa forma riguarda soltanto la credenza nell'origine della legge e degli ordinamenti, non però il reggimento stesso, il quale è tenuto in nome di quell'origine o aristocraticamente dai sacerdoti, ovvero da un re, sia esso monarchico, che dispotico. La Teocrazia (Ideocrazia) potrebbe costituire una forma a sè accanto alla Monarchia, all'Aristocrazia e alla Democrazia solo nel caso che di fatto e non soltanto idealmente costituisse un governo diverso. Dovrà quindi farsi la seguente classificazione, cioè che la Monarchia e l'Aristocrazia sacerdotale o laica possono dividersi in Aristocrazia di nascita, di merito o di ricchezza. Una Democrazia sacerdotale, come forma di costituzione, non è possibile che nella Chiesa e non nello stato.

Che dal grande Aristotile non il semplice numero dei governanti, ma nel tempo stesso qualità più proprie costituiscano la diversità delle costituzioni, è stato rilevato nella dissertazione *die aristotelische Eintheilung der Verfassungsformen* del dottore Gustavo Teichmüller. Pietroburgo 1859.

---

1) Confr. Bluntschli — *Allgemeines Staatsrecht* 2.ª Ediz. 1857 Vol. I pag. 250 e seg.

Digitized by Google

§ 201. Lo spirito delle costituzioni è etico, finchè le forme costituzionali corrispondono all'idea dello stato, e gli etici pensieri di sapienza, giustizia e valore si effettuano nel Governo, nella Legislazione, nell' Amministrazione della Giustizia e nel Potere Militare. Quindi la virtù non è solo di una forma di costituzione, come per esempio della Repubblica, secondo la sentenza del Montesquieu, ma di tutte, finchè esse sono schiette e giuste. La Monarchia, l'Aristocrazia e la Democrazia rappresentano questo spirito etico universale sotto vario colore. Dove il monarca necessariamente è l'ultima stregua del valore etico, si estenderà nel popolo mercè il suggello del suo riconoscimento un sentimento espansivo di onore; laddove nelle Democrazie si propaga come tratto fondamentale il sentimento di sè stesso degl' individui, e nelle Aristocrazie una moderazione della forza. Essendo impossibile che la virtù si mostri in tutta la sua purezza, così si svilupperà in questi indirizzi a norma della costituzione. Dai medesimi punti nasce la corruzione, che si fa strada tra gl'individui parte nelle buone costituzioni e parte nei loro tralignamenti, come ad esempio nelle Monarchie l'ambizione, nel Dispotismo la servile sottomissione, nella Democrazia l'arroganza degl'individui, nell'Oclocrazia le sfrenate passioni, nell' Aristocrazia l'orgoglio e il dispregio degli uomini, nell'Oligarchia la gelosia e l'invidia, e nell'Oligarchia del danaro l'avidità dell'oro. In una costituzione corrotta, come in ogni male (§ 43), si presenta ad un tempo accanto al despota e al tiranno la schiavitù e la viltà, così ad esempio nel dispotismo la servile soggezione delle donne e degli adulatori, e nell'Oclocrazia la servile dipendenza dalla volubile opinione pubblica e dagli egoistici demagoghi. Il diritto costituzionale ha il compito di tutelare lo spirito etico e di preservarlo dal tralignamento.

Ann. Montesquieu nel terzo libro del suo *esprit des lois* 1749 ha indicati i moventi etici delle costituzioni, cioè per la Repubblica la virtù, per l'Aristocrazia la moderazione, per la Monarchia l' onore (*le bruit des actions, le préjugé de chaque personne*), e per gli stati dispotici il timore. Or secondo la sua opinione se la forma dello stato basato sulla virtù (la Repubblica) non può avere lunga durata (III, 3.), ne consegue, che la forma possibile all'incontro (la Mo-

Digitized by Google

narchia) non ha il suo fondamento sulla virtù. E in tal modo il principio etico sparisce dalle sue estrinseche considerazioni. Per lo contrario Platone ha presentato vivamente ad ammaestramento di tutti i tempi la connessione delle costituzioni e dei caratteri così nel bene come nel male (conf. § 215).

§ 202. Egli è nella natura delle cose, che le notate forme principali di costituzione si rivelino raramente nella loro schiettezza e purità. Se si considerano infatti gli elementi, dalla cui unità vien costituito lo stato, cioè la forza, la volontà e l'intelligenza nella loro propria natura, si scorge tosto, che ciascuno ha un'affinità con una delle tre forme principali. Ogni forza sul tutto non raggiunge l'intera tensione, se non nell'unità del comando; ella ha quindi una tendenza centrale, ossia monarchica. L'intelligenza, e in particolar modo la vasta sapienza di stato non è possibile che per pochi spiriti eminenti ed elevati, mentre la si può appena immaginare in un uomo solo; quindi diviene da sè stessa aristocratica. La volontà finalmente è a pro' del tutto; ma nel tutto sta il compito di rendere uomo l'individuo, a misura che esso stesso diventa ognor più uomo; quindi alla giusta volontà dello stato sta sempre presente il popolo e la moltitudine, e, per tener vivo e desto cotesto indirizzo nello stato, nascono delle istituzioni, le quali hanno un impulso democratico. Sotto questo rapporto adunque la volontà rivolta al tutto è nello stesso tempo democratica. Non è quindi cosa nè accidentale nè artificiale, che le costituzioni progredite, come ad esempio nell'antichità la licurgica e la romana durante la repubblica, e ai tempi moderni la costituzione inglese, presentino una forma mista, in cui s'intrecciano in un modo speciale le forme monarchica, aristocratica e democratica.

§ 203. Lo stato non è stato, nè stato tra gli stati, non è persona, nè persona tra le persone, che nella indivisibile unità dei suoi elementi, la quale è condizione fondamentale della sua esistenza e prosperità; qualunque separazione dei poteri è quindi contraria al concetto della cosa. Tutte le costituzioni politiche contengono il pericolo, o di dissolvere od annientare l'unità col voler raggiungere mercè la moltitu-

Digitized by Google

dine la volontà, l' intelligenza e la forza, ovvero, per formare l' unità, di limitare e perfino distruggere la volontà, l' intelligenza e l' attività, a cui gl' individui hanno diritto. Nella storia delle rivoluzioni in luogo dell' unità si presenta la gelosia dei varî poteri dello stato, in particolare tra il governo e la legislazione, fra la legislazione e la forza armata, onde non raramente si fece il tentativo di separare i poteri dello stato, come se per tal mezzo si perfezionassero. E fu gran ventura, se, fallendo l'esperimento nelle mani degli sperimentatori, di fronte alla violenta separazione si costituisce una naturale unità.

Tutti quattro i poteri dello stato, Governo, Legislazione, Amministrazione della Giustizia e Forza armata, sebbene ciascuno segua il proprio scopo, eguale per tutte le forme di costituzione, e sebbene si dovesse supporre, che appunto per ciò ciascuno debba essere fondato e diretto in modo uguale o consimile nei diversi stati, ricevono nondimeno mercè lo spirito politico di unità una struttura essenzialmente diversa, un carattere analogo all' unità politica.

La Legislazione monarchica, come ad esempio in Federico il Grande, presenta le leggi come emanazione di quell' unico potere centrale che conosce e vuole il meglio del tutto e degli individui; quindi non chiede nè il consiglio, nè il consentimento di una rappresentanza popolare. Nella monarchia assoluta adunque gli organi della legislazione rientrano nei consigli della corona, e non si sviluppano affatto nella propria forma o scompaiono, se vi erano. Però a misura che i rapporti della società diventano più complicati e difficili, a misura che il popolo mercè la civilizzazione diventa più adulto e per effetto delle sbagliate leggi più diffidente; questa legislazione esclusivamente monarchica diviene insostenibile e rileva il bisogno di completarsi mercè l' intelligenza del popolo e di afforzarsi mercè il pubblico consentimento. In opposizione alla legislazione della forza e dell' intelligenza centrale, la legislazione democratica è una congiunzione delle idee periferiche, una intelligenza degl' interessi sommati o conciliati tra loro mercè la pluralità dei voti, per cui nella democrazia pura, co-

Digitized by Google

me in Atene, ogni uomo dà il suo voto. Ma gl' interessi individuali non guardano che al proprio utile, e però non sono ancora la ragione etica del tutto, innanzi a cui gl' interessi individuali devono tacere. In tal modo viene sentito il bisogno, di mettere alla testa delle legislazioni degli uomini, che con maggiore intelligenza e perspicacia compiano questa abnegazione della parte in favore della volontà del tutto. Nella democrazia rappresentativa, questo estratto dell'intelligenza e del desiderio del popolo, la legislazione già si approssima ad una forma centrale. Incontrandosi per tal guisa negli ordinamenti della legislazione i due lati opposti, il lato monarchico nella consultazione o consenso derivante dal popolo, il lato democratico nelle forme politiche le quali debbono tutelare l' intelligenza del tutto nella volontà delle leggi; si manifesta la necessità di accogliere l' indirizzo di un lato nel movimento fondamentale dell' altro, per quanto lo richieda il meglio della legislazione stessa. Se nella monarchia assoluta è rappresentata soltanto l' unità dell' uomo in grande, e nella democrazia assoluta soltanto la pluralità degli uomini, come singoli, in amendue queste forme di costituzione, come si è dimostrato, si forma già per lo scopo della legislazione un' aristocrazia dell' intelligenza e della volonta, una nobiltà la quale nella monarchia tende a consolidarsi mercè una forza data, per esempio, nel possesso immobiliare, laddove nella democrazia la sua considerazione dipende dalla confidenza e dalla opinione delle singole volontà del popolo.

Nell' Amministrazione si presenta qualcosa di consimile. Nella monarchia assoluta l' amministrazione cerca di guidare il popolo nel commercio e nel godimento dei beni materiali ed intellettuali, mercè lo spirito del centro e cade con ciò nel sistema della tutela; laddove nella democrazia assoluta lascia possibilmente tutta la cura di tali cose all' industria individuale, e assume con ciò il sistema del lasciar fare (§ 179). La monarchia assoluta reggerà i comuni, le corporazioni e le associazioni mercè una rigorosa subordinazione al centro, e tenderà quindi ad un accentramento burocratico; laddove la democrazia, come nell' America del Nord, li lascerà amministrare da

Digitized by Google

sè liberamente, col pericolo che essi, come tutti minori autonomi, resistano e si oppongano al tutto. In quella si scorgerà subito, che nell'individuo ed entro certi limiti lo sguardo raffinato dall'idea del proprio interesse vegga più e provvegga meglio che lo sguardo del tutto più vasto bensì ma più miope e meno interessato nelle singole cose, e che il popolo mediante un'attività individuale più libera finisce, e nelle sfere comuni più ristrette si esercita al sentimento di comunanza. In questa all'incontro si porgerà che le prescrizioni dell'amministrazione sono necessarie nel senso del tutto,se nei movimenti del tutto si vuole prontezza e sicurtà. Talchè anche lo spirito dell'amministrazione giunge all'istesso risultato, partendo da due punti opposti, e la massima monarchica del dirigere e guidare accoglie in certi limiti la massima del lasciar fare, e la massima democratica del lasciar fare quella del guidare.

L'Amministrazione della Giustizia e la Forza armata appaiono, di fronte alla Legislazione e all'Amministrazione, come qual cosa di più speciale e tecnico, per cui sembrerebbe che dovessero essere determinate dalle regole e dall'esperienza della cosa in sè e poco o nulla dallo spirito universale della forza e dell'unità politica. L'intera organizzazione della forza armata apparentemente dovrebbe adattarsi in egual modo per la monarchia e la democrazia. E nondimeno si scorge una notevole differenza, quasi a dimostrazione che nello stato tutto, anche le funzioni, che sembrano indipendenti nella loro tecnica, sono dipendenti dal fondamento su cui è basato il potere.

Nella monarchia assoluta anche la Giustizia emana dal sovrano; essa è la sua forza, che si volge alla protezione. Quindi i giudici sono i suoi ufficiali di giustizia, ed egli stesso, come nella giustizia di gabinetto, è l'ultima istanza della decisione. Alla giustizia che deriva dall'alto e viene sorvegliata dal monarca, corrisponde la procedura segreta e per iscritto. Nella democrazia vi sono, come in Atene, tribunali popolari, ovvero tribunali di giurati, come nell'America del Nord. I giudici di cui può abbisognare sono impiegati solo a tempo ed amovibili, affinchè rimangano più dipendenti dalla volontà popolare del momento, e la procedura pubblica ed orale. Quanto più viene

Digitized by Google

riconosciuto lo scopo interno dell' amministrazione della giustizia nella sua indipendente grandezza e nella sua natura tecnicamente determinata, tanto più se tanto nella monarchia che nella democrazia si muove la questione, quale organizzazione meglio corrisponda allo scopo interno dell'amministrazione della giustizia, e quindi entrambi i sistemi si scambiano i loro relativi vantaggi.

Nel Potere Militare la monarchia assoluta istituisce gli eserciti permanenti, nomina i condottieri dal supremo fino all'ultimo, e non soffre veruna forza armata, per esempio, di vassalli,di guardia nazionale, ed in generale nessuna forza che stia fuori di quel vincolo severo, le cui redini si trovano in una sola mano. Le democrazie assolute per lo contrario non conoscono quasi altro armamento, che per lo scopo del momento, nel caso di una guerra; ciò che ne rimane non è un esercito permanente, ma poco più di nuclei necessari di depositi, affinchè in casi di bisogno la nazione possa armarsi. I condottieri vengono eletti; e la democrazia è gelosa, come negli antichi stati della Grecia, di chiunque per gli scopi dello stato chiegga una guardia personale, perchè sospetta in lui il futuro tiranno. Nella costituzione della difesa nazionale vuolsi distinguere la quistione politica dalla tecnica. La tecnica ha di mira, quali ordinamenti sieno i migliori secondo la natura delle cose per rendere sicura la pace, agguerrita la nazione e vittorioso l'esercito. In uno stato ben costituito questa quistione sarà la prima, ed egli è un cattivo segno, quando per riguardi politici che derivano dal politico abuso di questo formidabile mezzo, ad essi viene posposta. Così ad esempio la dipendenza in cui un duce eletto si trova rispetto alla sua parte dell' esercito sembra incompatibile col comando illimitato e coll' illimitata obbedienza, senza cui non è possibile la vittoria. Il giuramento alla costituzione dello stato può eventualmente porre il soldato, nel momento appunto in cui egli dovrebbe obbedire ed agire, in certi dubbî politici, i quali intorbidano il suo buon volere o possono fornire anche un pretesto alla disobbidienza e alla viltà.

Egli è un segno dello spirito etico del popolo, per cui la costituzione è fatta, quando l'amministrazione della giustizia e la

Digitized by Google

forza armata possano organizzarsi e perfezionarsi secondo i proprî scopi interni senza essere attraversate nei loro ordinamenti e senza essere spinte fuori della propria via da riguardi politici e da politici timori o speranze. Tra lo spirito della forza armata, che è uno spirito di tacita obbedienza e di valorosa azione, e lo spirito del potere legislativo, il quale non di rado nelle assemblee si manifesta come un sentimento conscio di sè ed un' eloquente sapienza, e fra lo spirito dell' amministrazione della giustizia, che eleva la stabilità della legge e il suo concetto ben definito a durevole potenza, e lo spirito dell' amministrazione, la quale deve cedere all' instabile momento e quindi non di rado eludere la legge stabilita o in dati casi cercar di piegarla, sorge facilmente una opposizione, un contrasto. Ed è pertanto segno di sviluppato spirito etico nel popolo e nello stato, se cotale contrasto non disturba l' unità indivisibile, ma la rafforza, risolvendola armonicamente.

§ 204. Nello stato già sviluppato, in cui i poteri si separano per compiersi in sè medesimi, ciascuno di essi ha in sè, quanto più si sente vivo ed operoso, una tendenza alla propria conservazione e al proprio ampliamento. Man mano che ciascuno di essi si sviluppa ed estende il proprio potere, esso si trova a contatto degli altri poteri dello stato; e nei punti dove le pretese s' incontrano, si manifesta precipuamente lo spirito universale del tutto e dell' unità politica. Sarà opportuno gittare uno sguardo su questi punti d' incrociamento dei poteri dello stato (§ 47).

Se poniamo in primo luogo la Legislazione in rapporto cogli altri poteri, essa, come sorgente delle norme, si mostra indipendente dall'Amministrazione della Giustizia. Ma l'amministrazione della giustizia domanda se una legge sia conforme alla costituzione, perciocchè senza di questa condizione non si troverebbe più legata ad essa. Tale questione può in qualche costituzione essere limitata semplicemente a certi segni formali, p. e., al luogo e al modo di pubblicazione, al sufficiente numero legale di sottoscrizioni ecc.; in altre essa può venire estesa, come avviene nell'America del Nord, all' esame se anche il contenuto si accordi colla legge fondamentale della costituzione. La legislazione mercè leggi

Digitized by Google

quanto è possibile speciali tende a limitare al governo il suo dritto di far decreti, affinchè esso non devii dal senso ch'ella vi ha dato; laddove il governo cerca di far valere un decreto, dove occorrerebbe una legge, e si avvale del diritto di emanare dei decreti indipendentemente dal potere legislativo, se pure con riserva di conferma. Il potere legislativo è geloso dell' azione governativa, per es. nelle elezioni, nelle votazioni e nel trattare gli affari comuni; mentre il governo cerca col suo spirito d' unità d' insinuarsi quanto più può innanzi. La legislazione e la forza armata hanno poco da fare tra loro; ed è una grave contraddizione, che alle assemblee legislative, com' è talvolta accaduto, direttamente e senza intervento del governo si lasci il comando della forza armata, e la direzione dei movimenti. Inoltre se si confronta il governo cogli altri poteri, si vedrà com'esso cerca di avere un' influenza sull' amministrazione della giustizia, sia nominando e rimovendo i giudici, sia rinchiudendo nell'esclusivo suo potere l' accusa mercè il Procuratore dello Stato, che è suo dipendente. La legislazione invero tenta garentirsi da una tale usurpazione, per esempio dichiarando i giudici inamovibili, meno che per sentenza di tribunali, amovibili quindi soltanto mercè l' amministrazione della giustizia istessa; ad onta però di tali precauzioni generali rimangono al governo, che non sappia circoscriversi con giustizia e sapienza, mezzi e vie bastanti per esercitare un' influenza sui giudici e sui giurati parimenti che sugli elettori. L' azione indiretta è talvolta la più sensibile. Nella forza armata il governo cerca, particolarmente mercè la organizzazione della difesa e la nomina degli ufficiali, di farne cedevole strumento della sua forza pei propri fini. L'amministrazione della giustizia viene in opposizione ancora col governo amministrativo nei così detti conflitti di competenza (§ 182). Finalmente la forza militare nella guerra interna o esterna ha la tendenza di paralizzare in tutto o in parte le leggi dello stato, gli ordinamenti dell'amministrazione e l'andamento dell'amministrazione della giustizia, sostituendovi la severa e rigorosa legge di guerra, il comando istantaneo ed illimitato e il sollecito e inesorabile Consiglio di guerra, come avviene, per esem-

Digitized by Google

pio, quando una città o una contrada è messa in istato d'assedio.

Nei designati punti in cui i poteri, i quali cercano di estendersi e conservarsi, si trovano in opposizione coi propri scopi si manifesterà egualmente lo spirito dell' unità politica, sia desso monarchico o democratico, che variamente vi provvederà mercè un diverso indirizzo nelle leggi (§ 47). Ciò però non basta; vi ha troppo d' impreveduto in questi casi, e chi si trova per avventura di avere la forza in mano, trova sempre campo pei propri scopi e per realizzare dei fatti, contro i quali nelle quistioni costituzionali il diritto, che viene in seguito, riesce impotente. Quindi in questi punti d' incrociamento la cosa dipenderà anzi tutto da ciò, cioè con quale spirito il centro dello stato anima gli organi da lui dipendenti, e con quale spirito il popolo col suo consenso o disapprovazione sostiene la costituzione. Così nei pericolosi punti di incrociamento dei poteri si manifesta pure come la somma forza della costituzione sia di natura etica e come il solo diritto determini le condizioni per conservare questo principio etico. Soltanto ivi l' azione reciproca dei poteri è un' unità armonica e indivisibile, soltanto ivi lo stato diviene stabile e florido, dove nessun potere cerca al di là di ciò che gli spetta, dove esso corrisponde all' idea del tutto individuale, ed ogni potere sente stima e rispetto per gli altri.

Ann. Poichè l'azione reciproca e normale dei poteri su cui poggia la costituzione può ad ogni momento andar soggetta a violenti e varie perturbazioni; così si cerca di coordinare i diritti dei varii poteri per modo, da prevenire possibilmente siffatte perturbazioni, o in caso che siano avvenute, di far sì che un potere riconduca l'altro agli uffici ad esso assegnati. Il tutto deve contenere in questa circostanza una forza per cui emendi sè medesimo e corregga da sè stesso i propri difetti. Nondimeno questa possibilità non arriva che fino a un certo punto. Ciò particolarmente si scorge nella questione a doppio taglio, se il giudice abbia da giudicare sull'origine costituzionale e pel costituzionale contenuto della legge pubblicata nelle debite forme. Se tale facoltà non dovesse spettare al giudice, potrebbe avvenire che una legge, che non ha diritto di esser legge, ne acquistasse autorità col mezzo del giudice e forse contro la sua buona

Digitized by Google

scienza e migliore volontà ; cosicchè egli sarebbe fatto strumento d' ingiustizia. Se per lo contrario a lui spetta una tale facoltà, e in certi casi gl' incombe il dovere di un tale esame , egli esce dalla propria sfera, e invade con incerta forza un campo mal sicuro. Può il giudice in tal caso effettuare ciò che di effettuare gli sarebbe un dovere ?

La questione sull' origine costituzionale di una legge o di un decreto va più oltre che non possa giungere lo sguardo del giudice. Se, per esempio, un' assemblea legislativa si trovasse nel suo diritto, se la legge elettorale, conformemente alla quale essa fu eletta, sia stata fatta costituzionalmente, se la necessità che ha dato occasione al governo ad emettere una ordinanza straordinaria, una eccezione cioè alla costituzione, sia veramente esistita, sono domande di tale importanza politica, e stanno talvolta in tale connessione coi rapporti esterni e collo stato storico mondiale , che il giudice locale, a cui, oltre a tutto, gli mancano i materiali per l' esame , non può assolutamente essere chiamato a giudicarne ; onde persino il supremo tribunale dovrebbe, dopo essersi particolarmente istruito della situazione delle cose, cercare dei motivi giuridici alla sentenza sovra un campo che non è semplicemente di natura giuridica. L'altra domanda , se il contenuto di una legge sia costituzionale , abbandonata al giudice , potrebbe avere per conseguenza che generalità indistinte di un paragrafo della costituzione venissero a trionfare sopra una legge che racchiude necessarie distinzioni, e che la sentenza del giudice si mettesse al di sopra di tutti i fattori della legislazione. Ammesso nondimeno che i giudici tutti fossero capaci di giudicare su tali questioni , che ne avverrebbe ? Gli uni metterebbero fuori vigore quelle leggi e decreti che stimassero incostituzionali, mentre altri le une e gli altri stimerebbero obbligatori; i dissensi e la confusione sarebbero inevitabili nell' amministrazione della giustizia. Queste questioni travolgerebbero il giudice immediatamente nel conflitto dei partiti politici, sopra i quali egli deve mantenersi in una posizione indipendente. La disobbedienza alle leggi sarebbe il principio di una resistenza del popolo quasi a sfida del potere. Dopo tali considerazioni si farà bene a non immischiare la magistratura in queste quistioni costituzionali, e ad assegnarle semplicemente chiari criteri per vedere se la legge ed il decreto in quistione sia promulgato in forma legale. Tutto il resto poi sarà affidato alla decisione del governo e del potere legislativo. Contro una disposizione, che colpisce tutto il potere legislativo, anche il giudice sarebbe

Digitized by Google

impotente. Il dovere del giudice e quindi anche l'universale opinione della sua missione si è, ch' egli debba subordinare il suo convincimento particolare alla legge del paese ; quindi egli non sarà responsabile di una ingiustizia, che in certi casi potrebbe derivare dalla applicazione di una legge promulgata. Oltre a ciò il giudice ha sempre i mezzi per far noti i suoi dubbi, quando sieno opportuni. La decisione delle questioni costituzionali pendenti dovrebbe farsi, dove vi fosse la maggior sicurezza per lo spirito etico del tutto; ma la sentenza pronunziata, per esempio, da un tribunale formato a tale scopo da uomini di piena fiducia, è un salutare tentativo per la soluzione della controversia, ma non è tutto ; perciocchè essa deve divenire volontà del tutto, ossia forza.

Se in una costituzione si considerano tutte le disposizioni fatte allo scopo di mantenere i poteri in un reciproco equilibrio, si vedrà bentosto che possono bene prevenire un conflitto per un dato tempo, ma che alla perfine si ricorre alla forza. Or poichè la forza nello stato riposa o nell' unità ordinata e complessa, o nella moltitudine disordinata e raccozzata ; nel dissenso del diritto pubblico fa sempre timore la resistenza, la quale mena alla ribellione , la quale , se vittoriosa , mena alla rivoluzione, se vinta, al servaggio. La forza deve riconoscere e volere il giusto, e lo stato è fondato sulla fede nell' unità del diritto e della giustizia. Le leggi che danno a ciascuno il suo, l' amministrazione della giustizia che opera in questo senso, l' educazione che alimenta questo spirito etico universale, la pubblica opinione che in questo punto è sensibile come la coscienza, tendono tutti insieme a preservare questa unità.

Due sono i motivi che da quanto si è detto inducono a porre il giudice sul fondamento stabile e formale della legge regolarmente pubblicata. In primo luogo perchè con ciò il suo campo viene esattamente circoscritto e sottratto dall' influenza delle parti, la sua opera diviene più sicura, la legge pubblicata gode di maggior rispetto, il che per la generalità ha un' importanza anche se per un singolo caso non vi esistesse legge ; e in secondo luogo perchè quando una legge od un decreto è stato pubblicato contrariamente alla costituzione , la discrepanza viene appianata dal tempo ; sorgono degli stadii intermedi per equilibrarsi mercè l' equità, e una tale discrepanza non viene gettata immediatamente tra il popolo, il quale finisce per opporsi colla violenza. Quella costituzione è la migliore, la quale non lascia degenerare i suoi errori in dispotismo od anarchia.

Nella esposizione di *Jhering* (*Geist des römischen Rechts* III, 1, 1865,

Digitized by Google

pag. 213 e seg.) si può vedere con profitto come i Romani trattassero il *vitium* avveratosi nella elezione di magistrati o nell'origine di una legge (*magistratus vitio creatus nihilo secius magistratus*). Il magistrato proclamato assumeva tutta l'autorità del suo ufficio ad onta del vizio nella sua elezione, fino a che il senato l'obbligava a dimettersi. Fino a questo punto i suoi atti d'ufficio erano validi. Similmente la legge promulgata era valida ad onta di vizio nella sua origine, finchè il senato la revocasse. Esternamente la forza dipendeva dalla proclamazione a tutti intelligibile, che avvenuta per la bocca dell'autorità legale, conservava la sua autorità fino a che l'organo costituito revocasse la legge, e la revocazione non era retroattiva. Il *vitium* avvenuto si riguardava come violato dovere dell'individuo cui veniva imputato, non però come impedimento, a che il *magistratus* proclamato esercitasse il suo *imperium*, e la legge promulgata divenisse valida. In questo modo il buon senso politico e giuridico dei Romani dette il buon esempio.

Per ottenere nella reciproca azione dei poteri quest'armonica unità, ciò che più importa è il senso universale dei vari organi agenti. Essi sono principalmente assegnati e abituati allo spirito particolare di quell'unico potere dello stato cui appartengono; ma debbono in sè racchiudere dello spirito degli altri quanto è necessario per comprenderli e rispettarli. Il servizio militare obbligatorio per tutti serve essenzialmente ad infondere per così dire anche nell'impiegato e nel giudice lo spirito dell'esercito e a diminuire quella ripugnanza che per solito mantiene separato il giudice e l'impiegato da un lato e il militare dall'altro, dividendoli nel loro modo di vedere. Ma nulla è più importante che di far vivere negli organi agenti dell'amministrazione il sentimento del diritto positivo e formale. Nel senso dell'unità l'ufficio dei magistrati abbracciava originariamente, come l'*imperium* presso i Romani, ufficii amministrativi e giudiziari. Nella tendenza dei tempi moderni, che mercè la separazione dei poteri vuol tracciare più nettamente e più pienamente le varie funzioni, è naturale la separazione tra Magistratura e Amministrazione. Con ciò si tende ad evitare l'invasione e l'abuso dei poteri. Ma lo spirito giuridico dell'amministrazione, il quale per es., si perita di ledere dritti privati per uno scopo del tutto, non deve mai perdersi di vista nei suoi organi. Quindi gl'impiegati amministrativi hanno bisogno della istruzione giuridica e dell'abitudine giudiziaria, come viceversa importa pei giudici che, esercitati nell'amministrazione, conoscano la vita che sempre si muove e sempre

Digitized by Google

produce nuovi rapporti. Dove si tratta dei problemi più elevati della vita scientifica e politica, la divisione e la separazione di lavoro mercè cui gli affari si perfezionano nella tecnica, hanno i loro limiti, al di là dei quali lo spirito dell' esecuzione si guasta. L' impiegato amministrativo preparato soltanto tecnicamente senza la cognizione del diritto che lo contrabilancia, corre rischio di anteporre l' utile e il vantaggioso a ciò che è giusto in sè stesso, il relativo a ciò che deve riguardarsi come assoluto, e, senza riflettere al diritto che riguarda i casi particolari, obbedisce con uno spirito militare ai comandi dell' unità centrale. Deve quindi nella progressiva separazione degli uffici giudiziari e amministrativi provvedersi, a che le idee giuridiche e la disciplina giudiziaria sieno i fondamenti durevoli dello sviluppo degli impiegati amministrativi.

§ 205. Da quanto si è detto è risultato, che nel medesimo senso in cui nell' idea dello stato quale unità di forza, intelligenza e volontà trovansi uniti gli elementi monarchici, aristocratici e democratici, anche gli stati, che si vanno formando producono nel loro sviluppo costituzioni promiscue, le quali però soltanto nel vigoroso spirito dell' unità hanno la loro durata.

Soltanto mercè la durata una costituzione acquista il suo valore, poichè mercè la sua durata è possibile il continuo sviluppo del grande uomo storico, che noi concepiamo nell' unità di popolo e stato. Non è bene disporre cotale durata, come in un edifizio di masse inerti, soltanto sui principii della statica e della meccanica, ed a tale scopo calcolare un equilibrio dei poteri, cioè opporre il possibile vantaggio degli uni al possibile vantaggio degli altri, la necessaria difesa di questi all' egoismo di quelli. Nulla giova alla costituzione meglio calcolata, quando essa non abbia basi etiche, cioè a dire quando ciascuna forza dello stato, pur conservando ed estendendo sè stessa, non abbia la volontà di conservare ed estendere il tutto. Le masse inerti resistono seguendo soltanto la legge del proprio peso, ma la forza umana si distingue dalla cieca forza delle masse, in quanto accoglie nelle sue tendenze l' universale. La legge fondamentale si è che la forza si adoperi per la difesa. Questa esigenza politica corrisponde all' esigenza etica, la quale richiede da ciascuno, che l' uomo naturale si elevi all' intelligenza, che il vi-

Digitized by Google

gore degl' istinti naturali si elevi alla volontà razionale, e che la conservazione di sè si elevi all' universale (§ 35). Soltanto in quest' indirizzo l' autorità diviene un ordine divino.

Lo stato ha nella costituzione il pensiero fondamentale della sua giustizia; il popolo l' espressione del suo ordinamento etico, ed entrambi la base di tutte le leggi e di ogni potere legale. Perciò la costituzione deve riunire in sè tutte le sanzioni, che soltanto una legge può avere (§ 52). Essa deve porre radice fisicamente nelle condizioni del paese, psicologicamente nella storia del popolo, da cui è prodotta, giuridicamente nel timore della pena, eticamente nella fede del popolo e della pubblica opinione e religiosamente nella santità del principio etico. Ogni forza nel popolo deve riconoscere la superiorità della costituzione come quella che solamente le dà diritto e ragione di essere. Perciò una infrazione della costituzione è un' infrazione di fede e nel tempo stesso un' infrazione del proprio dritto.

La costituzione intanto, formalmente presa, è solamente uno schema, ed è vuota come uno schema, quando le attività del popolo non la compiono di generazione in generazione nello spirito della sua origine. Appartiene quindi al continuo completamento della costituzione l' educazione nazionale, la quale avviene principalmente mercè la chiesa e la scuola, e quindi anche mercè il diritto pubblico e il servizio militare per tutti obbligatorio.

Una costituzione avrà per conseguenza una base etica, e potrà sperare di essere duratura, se ciascuna forza nazionale, sia che consisti in beni stabili o in danaro, in nobiltà od in educazione, sia abituata a riguardarsi come esistente in difesa del principio etico ed in pro' del tutto, se nel medesimo senso ogni nuova forza che si sviluppi trovi un posto giustificato, se finalmente la costituzione con sapienza e giustizia prenda quei provvedimenti, che impediscono il prodursi di qualunque forza dissolutrice.

Devesi distinguere nella considerazione politica la forza nel senso positivo dalla forza nel senso negativo. Intendiamo per forza produttrice quella, che ha in sè la capacità di agire nel

Digitized by Google

senso del tutto e di dare maggiore estensione al principio etico; per forza dissolutrice all' incontro quella, la quale non faccia che indebolire e distruggere, e di tal natura è per esempio, la disperazione della fame, l' invidia e la gelosia tra le classi, il malcontento per l' ingiustizia vittoriosa, i dissensi e la lotta accesi ed eccitati sia dai partiti interni, che dagli stati vicini ecc.

Tutte le dottrine che mettono capo dalla forza menano al principio individualistico,come tutte le dottrine etiche,a difesa delle quali essa esiste, all'universale.La forza penetra nei rapporti storici del principe, della nobiltà, della religione, delle industrie ecc., ovvero nelle condizioni speciali del paese, per es. nella difesa insulare o geografica, ovvero nei pericoli continuamente minacciati dai limitrofi vicini. Da questo lato ogni costituzione dovrà essere individuale, perchè ogni costituzione tolta a prestanza od adattata su altro modello, contiene una debolezza interna, sì perchè violentemente interrompe lo sviluppo, sì perchè chiama ed eccita contro di sè le forze non considerate.

Le questioni sulle costituzioni sono sempre questioni di forza. La costituzione o è l' espressione della forza reale che si rivolge alla difesa, o deve divenire il mezzo ad acquistare la forza necessaria per la protezione etica. In questo caso per lo più lottano contro di essa le forze esistenti, mentre nel primo, quand' è vittoriosa, non di rado sorgono nuove forze, le quali non si credono rappresentate nella costituzione, e quindi agiscono contro di essa, o vi cercano almeno un cangiamento. Rimane quindi compito di una saggia e giusta costituzione, di porre le disposizioni della legge fondamentale sempre in un rapporto proporzionale colle forze date e nascenti.

In ogni legge vi ha la forza che la sostiene; nella legge in vigore l' incontrastata forza del tutto,e in quella legalmente cangiata la forza che questa riacquista. Ora poichè gli uomini considerano le leggi come se fossero valevoli per loro stesse, credono anche che una legge fondamentale di uno stato, la quale è il germe di tutte le altre, possa in egual modo valere per sè stessa, e che perciò basti introdurre una costituzione straniera per crearne un diritto indigeno. Soltanto una

Digitized by Google

costituzione individuale può immedesimarsi colla nazione e rivolgere la forza alla protezione, anzicchè farne una sua avversaria.

In generale soltanto quella costituzione sarà durevole, la quale da un lato conservi eticamente lo stato, e con ciò renda etici anche i suoi cittadini, e dall' altro sia conservata e sostenuta dallo spirito etico di essi. Senza questa reciprocanza di azione nessuna costituzione e nessuno stato può essere durevole.

Ann. Egli è contrario alla buona politica di separare nelle quistioni costituzionali l' idea dall' attuabilità. Quando l' idea di una costituzione è abozzata, la quistione, se ella sia attuabile, non è secondaria. L' idea è giustificata soltanto quando sia attuabile. L' idea inattuabile è uno scopo privo di mezzi possibili, un puro desiderio. L' idea politica, essendo come ogni altra idea un impulso dell' elemento etico nel naturale, deve essere una continuazione dello sviluppo storico; perchè altrimenti sarebbe l' universale astratto senza forma individuale, senza base; sarebbe l' arco baleno, su cui si volesse innalzare un edifizio.

Nell' ordine politico come nel giuridico le analogie sono state molto erronee (§ 73 *Ann.*). Secondo Platone le costituzioni doriche erano il modello di ogni costituzione; e per opera di Montesquieu lo stato modello divenne l' Inghilterra, per cui la monarchia costituzionale divenne la costituzione per eccellenza, che fu suggellata anche dove, per es. negli stati di origine latina, gli elementi reali della costituzione, cioè i rapporti del clero e della nobiltà, erano tutti diversi da quelli dell' Inghilterra. All'istesso modo vi sono di quelli che guardano con occhi ammiratori e fissi come costituzione modella quella dell' America del Nord.

Si è di corta vista, quando nelle astratte concezioni si lascia illudere dalla considerazione di certi effetti e si crede di raggiungerli soltanto coll' ammettere una determinata forma costituzionale. Senza le stesse condizioni e senza quegli elementi reali, la costituzione rimane vuota, e il taglio modello è difettoso, se l' abito non si adatta al corpo, ma si pretende che il corpo si allungi o si accorci, perchè si adatti all' abito.

Non vi ha dubbio che dal punto di vista etico, vi sono delle costituzioni più elevate e complete di altre; ma esse non sono possibili senza i necessari presupposti reali. Sicchè tutte le quistioni

Digitized by Google

intorno ad una buona costituzione sono relative. Le condizioni, da cui dev' essere determinata, sono specialmente la posizione esterna del paese, lo stato della coltura e il grado dello sviluppo etico e materiale del popolo. Vi ha una differenza se il paese è esposto al nemico, o chiuso e impenetrabile. Ciò che era possibile nella Creta insulare, era più difficile nella Grecia di terra ferma (Arist. *Polit.* II, 10 pag. 1271 *b* 32 e seg.); ciò ch' è possibile nell' Inghilterra insulare o nella Svizzera posta tra i monti, diviene il vano esperimento di uno stato nascente, il cui paese sia chiuso tra vicini potenti, avidi ed astuti. Egli è chiaro inoltre che i turchi maomettani non possono avere la stessa costituzione che gli Americani del Nord per la maggior parte protestanti; e ciò che vale per le estreme, vale anche per le differenze intermedie. Le condizioni materiali destinate a sorreggere la costituzione vogliono essere contemplate e paragonate al possesso immobiliare coi suoi tratti aristocratici, al capitale coi suoi tratti liberali, in opposizione al guadagno giornaliero, che facilmente si abbandona a tendenze democratiche. Soltanto a condizioni più elevate si eleva anche la costituzione.

§ 206. Se a norma di quanto si è detto è compito della costituzione di impiegare alla conservazione del tutto le date condizioni materiali, ovvero di formarne delle nuove per modo, che esse agiscano in pro' dell'idea dello stato in armonia colle vecchie; ei sarà opportuno di esaminare in ciò che segue gli elementi politici della forza che sono essenziali alla costituzione.

Vien prima in tale rapporto l' idea delle Classi. Egli è difficile di definire l' uso di questa parola, essendosi storicamente nella determinazione di questo concetto confusi vari principii, particolarmente il principio fisico delle generazioni che si succedono in determinati indirizzi della vita, e che nelle Indie, cangiò le classi in caste, e il principio etico dell' impiego negli uffici più eminenti dello stato; così per esempio nel Medio Evo soltanto la vocazione e non la nascita costituiva la classe del clero.

Lasciando però da parte il principio ereditario della nobiltà, nella natura stessa della cosa noi vediamo due principii farsi strada nella società, entrambi capaci di costituire la differenza

Digitized by Google

dei diritti politici e di separare in questo senso le classi; vogliam dire il principio psicologico delle diverse attività intellettuali, e il principio economico-nazionale della proprietà.

Esaminiamo dapprima quello dell' attività intellettuale. Se noi cominciamo dal considerare la virtù che è necessaria per raggiungere gli elevati scopi dello stato, vedremo come ogni forma di costituzione ha bisogno di uomini, che per valore e sapienza si distinguano fra la moltitudine, e in questo senso formino, senza volerlo, un' aristocrazia dell' intelligenza: così ad esempio la monarchia guerriera crea la nobiltà del duce vittorioso, lo stato sviluppato politicamente la nobiltà degli uomini di stato, il necessario legame dello stato colla chiesa la nobiltà delle dignità ecclesiastiche, e la forza inventiva dell' ingegno la nobiltà della scienza e dell'arte. La democrazia, che intende all' eguaglianza, pur non sussiste che mercè l' ineguaglianza intellettuale; essa produce a mo' d' esempio, nei rappresentanti, nel condottiero dell' esercito e nel presidente la nobiltà degli uomini di fiducia, e solo non lascia che questi uomini sviluppino in modo la loro forza, da potersi elevare al prestigio di una vera nobiltà; essa intende quindi a che gli uomini che più si distinguono vengano confusi al più presto possibile nell' indistinto volgo. Tutto al più essa li paga e ne sperimenta degli altri. La classe testè designata potrebbesi chiamare la nobiltà del merito intellettuale.

Nelle sfere speciali delle altre occupazioni si forma un' altra distinzione, secondocchè alcune di esse richiedono principalmente una forza intellettuale, non creatrice ed eminente, ma pur sempre del talento e delle cognizioni; laddove altre richieggono principalmente il lavoro materiale delle membra, l'opera delle braccia e della mano.

Se però, da quanto si è detto, abbiamo distinta la nobiltà di merito intellettuale dalla classe in cui prevale l' attività intellettuale ed entrambe da quella in cui prevale l' opera materiale, con ciò non abbiamo preteso di dire che nella prima si possa escludere un rapporto colla forza materiale, e nell'ultima colla forza dell'intelligenza; poichè similmente che nella vita intellettuale, in cui i varî legami delle for-

Digitized by Google

ze manifestano nelle loro azioni dei dolci passaggi non mai delle violenti distinzioni; anche le classi, prese così all' ingrosso, si possono aggruppare nel modo indicato, senza poter mai però trarre politicamente delle linee esatte di demarcazione, le quali riescirebbero necessariamente arbitrarie e non giuste. Mentre le classi si distinguono mercè la varia attività intellettuale, esse pur si uniscono mediante la educazione comune, che collega gli uomini socialmente.

La proprietà, essendo una forza, entra come un secondo principio nella costituzione delle classi. E se anche in questo rapporto chiameremo nobiltà la forza più eminente, così noi avremo quale classe elevata la nobiltà del possesso immobiliare e del capitale, e in generale la Classe dei forti possidenti. Il diritto ereditario, il quale è un ordinamento aristocratico del diritto privato, sostiene il consolidamento di questa classe da figlio in figlio.

Di rincontro alla classe dei forti possidenti sta la Classe industriale, la quale secondo i maggiori o minori mezzi del lavoro produttivo si divide a sua volta in due classi, nella classe benestante e nella classe che deve lottare pel necessario.

Sebbene secondo le parole di Solone l' ingorda ricchezza non abbia un limite, sebbene secondo l'antico detto megarese—che la somma di singoli granelli forma il mucchio e la sottrazione in parti impercettibili lo distrugge—difficilmente si possa stabilire una distinzione qualitativa nell' essenza quantitativa del danaro e di ciò che ha valore di danaro; pure egli è della natura della cosa che i limiti distintivi di queste classi, che generalmente si separano nell' economia nazionale, nella realtà si confondano.

Se inoltre queste due divisioni, tanto quella che deriva dall' attività, quanto quella che deriva dalla proprietà, si raffrontano tra loro, ei si scorgerà in esse una certa affinità senza però essere le istesse. L' aristocrazia del capitale suol essere un prodotto della classe industriale, che corrisponde alquanto alla classe in cui prepondera in generale l' attività intellettuale; laddove l' aristocrazia del possesso immobiliare è per lo più prerogativa della nobiltà politica. Il carattere della classe borghe-

Digitized by Google

se, (di fronte al possesso immobiliare perdurante in una sola mano, il quale contraddistingue la nobiltà) è oggidì che il padre lasci in eredità al figlio soltanto la possibilità di acquistare. Il padre spende pel mantenimento e l' educazione del figlio tanto tempo e danaro, quanto bisogna a porlo in condizione per potersi guadagnare l' esistenza, quando esso verrà a mancargli: anzicchè un capitale materiale, ei gli rimette un capitale intellettuale. Finchè ciò ha luogo, ed anche se il padre non lasciasse al figlio verun sostegno materiale, questi apparterrà al secondo stato da noi designato tanto secondo la prima che secondo l'altra divisione. Questo secondo stato, nell' uso comune del linguaggio in cui clero e nobiltà sono designati come due stati diversi, chiamasi terzo stato. Finalmente il carattere dell'ultima classe (nell'uso comune del linguaggio detta quarto stato) si è che il padre non possa spendere per l'educazione del figlio nè in tempo nè in danaro tanto da dargli una maggiore capacità intellettuale; per lo che al figlio non restano che le occupazioni meccaniche.

Si è già veduto come in ciascuna delle due divisioni le varie classi non sono divise da limiti profondamente stabili e determinati, e che secondo le circostanze di luogo e di tempo e secondo lo stato generale della civiltà e della coltura economica nazionale esse cangiano e passano dall' una nell' altra. Ora se oltre a ciò nel concetto di classe, come vengono stabilite idealmente e politicamente, entrambi questi principii s' incontrano, or per unirsi ed ora per separarsi, egli è chiaro che il concetto di classe nella determinazione del loro diritto ondeggia, a meno che non possa attenersi a storiche tradizioni.

Nella quistione, se e fin dove le classi testè designate e i singoli loro membri sieno capaci ed abbiano il diritto di prender parte alla volontà del tutto nella legislazione, bisogna fare in generale una gran distinzione: la questione però non può risolversi che in concreto e avendo in considerazione i rapporti reali.

A tale scopo nella seconda divisione tra la nobiltà del possesso immobiliare e del danaro non bisogna perdere di vista una grande differenza che nasce dalla loro tendenza etica (§ 162.

Digitized by Google

§ 165). Mentre il possesso immobiliare si tiene attaccato al paese e alla patria, che il possessore non può abbandonare neppur volendo ; il patriottismo rappresentato dal possesso di pubbliche carte passa come una merce di mano in mano col salire e scendere dei corsi. Mentre il possidente viene vincolato dall' amore alla terra e al suolo, e un tale possesso acquista un valore più elevato e durevole, le azioni e le carte dello stato non hanno che un valore di corso, nel quale in luogo di una costante fiducia, non si riscontra che un generale alternarsi di timore e di speranza (§ 165).

È cosa che si comprende da sè come alla nobiltà intellettuale, alla nobiltà del merito, sia insita una speciale attitudine a prender parte allà legislazione nazionale. Ma se per nobiltà, nel senso più stretto e proprio, s' intende una classe a cui vien concesso un politico privilegio per dritto ereditario, allora la capacità ad esercitare i diritti politici ha bisogno di essere com provata.

L' origine storica della nobiltà politica ereditaria è diversa nelle diverse nazioni. Non di rado la nobiltà è considerata come un diritto privato, e la sua organizzazione come un dritto privato simile alla proprietà reale. Questo modo di vedere è insostenibile, perchè abbandonerebbe alla parte ciò che di meglio ha il tutto, e anteporrebbe i diritti ai doveri che si hanno verso il tutto. Per la capacità ereditaria dei diritti politici non trovansi i medesimi motivi che militano pel diritto d'eredità nella proprietà (§ 141). La nobiltà ereditaria ebbe veramente origine come la proprietà ereditaria dall' impulso a perpetuarsi nella propria famiglia. Nata però dal principio della propria conservazione, essa non si regge che in grazia del tutto; sicchè quando cessa di esistere pel tutto, traligna e finisce. La nobiltà ereditaria era in Roma, come lo è oggi in Inghilterra, il sostegno di una costituzione forte e libera che soddisfa alla nazione. Come nelle umane cose in generale, la forza reale di un principio naturale diviene radice e sostrato del principio etico e intellettuale, per es. l' istinto sessuale diviene base del matrimonio (§ 123); così nella nobiltà ereditaria la legge fisica della conservazione di se medesimo, per la quale ciascuno de-

Digitized by Google

sidera lasciare dietro di sè un essere simile a lui, e l' associazione psicologica delle idee, per la quale il popolo involontariamente comprende padre e figlio e figlio e padre in un solo pensiero, si sono elevate a salutari effetti politici. Si calcola che il padre, il quale desidera continuare la sua vita in quella del figlio, educhi questo a nobili e maschi sentimenti ed a magnanimi pensieri politici, e che alla sua volta il figlio trovi nella memoria degli avi un impulso ad emularli; si calcola che la nobiltà, strettamente legata alla patria pel possesso immobiliare e pei diritti ereditari, aiuti a sviluppare nel popolo la fedeltà della classe conservatrice (§ 162); si calcola che lo spirito solidale di una famiglia storica animi ciascun membro di essa, e che il medesimo spirito giovi al continuo sviluppo storico dello stato, e in generale che i diritti politici traggano seco l' idea parallela di politici doveri. Nei buoni tempi di Roma, come in Inghilterra, vediamo la nobiltà oprare in questo senso, e in Roma come in Inghilterra rappresentate e incorporate nella famiglia certe massime politiche. I nobili sentimenti, che prendono tal nome dalla nobiltà, e l'idea etica della nobiltà cavalleresca hanno la loro essenza nell'amore del dritto e della verità e nella protezione del debole. Certo che se queste premesse sono eluse, se in luogo di elevati meriti prevale un orgoglio ereditario, uno spirito esclusivo di casta in luogo di un sentimento rispettoso verso le altre classi, arroganti pretese in luogo di un adempimento dei loro grandi doveri politici, tutti interessi particolari ed egoistici; se in generale la nobiltà dimentica quell'aurea sentenza, che, scritta per tutti, vale per lei in particolare, « *was du ererbt von deinen Vätern hast, erwirb es, um es zu besitzen* » (ciò che hai ereditato dai tuoi padri acquistalo per possederlo): allora la nobiltà tralignata (*Jungerthum*) ha da inferire a sè stessa, se le altre classi si uniscono insieme per combatterla. Se i diritti della nobiltà stanno nelle condizioni esterne adatte a garentire la sua essenza; debbono di rincontro nella costituzione essere dati i mezzi per evitare il suo tralignamento, come per esempio in Roma, in cui aveva un tale significato l'ufficio del censore, o altrove un consiglio d'onore della stessa nobiltà. Nella monarchia una forte corona

Digitized by Google

e l'elevata classe borghese sono i migliori custodi della nobiltà.

Dev'esser legge universale che le classi non sieno disposte in modo da essere un incendivo all'invidia, al livore e a tutto ciò che sotto qualsiasi forma possa essere un principio dissolvente dello stato. Laonde la classe superiore dev'essere accessibile ai membri dell'inferiore che più si segnalano, in modo che in luogo di invidia e di livore non ecciti che emulazione. Ai membri della classe borghese dev'essere di sprone la speranza di raggiungere la nobiltà, e alla classe dei lavoranti vuolsi prestare aiuto, per esempio mercè le scuole e l'istruzione, perchè possa elevarsi alla classe dei borghesi.

Ann. La natura umana inclina a creare una nobiltà. Il sentimento personale del padre, il quale desidera rivivere nel figlio, e il volontario riconoscimento del popolo, che nel figlio ricorda il padre, vi contribuiscono egualmente. Nell'America del Nord una legge fondamentale federale vieta ai vari stati d'introdurre la nobiltà; e nondimeno nell'America del Nord domina l'aristocrazia del colore bianco, dominava nel Sud la peggiore di tutte le aristocrazie, quella del padrone verso lo schiavo, e vi si va formando l'aristocrazia delle famiglie prime emigrate.

Aristotile dichiarava la nobiltà come una ricchezza e una virtù fin dei tempi antichissimi (*polit.* IV, 8. p. 1294 a 21, ἡ γὰρ εὐγένεια ἐστιν ἀρχαῖος πλοῦτος καὶ ἀρετή), e con ciò designava la forza sicura ed incontestata della nobiltà, finchè essa conserva entrambe queste virtù.

In Inghilterra il primogenito eredita il grado del padre; i figli nati dipoi appartengono con gradazione di titoli alla classe dei comuni, e si addicono ad occupazioni civili. Per nomina regia la nobiltà si accresce degli uomini più distinti della nazione. Per tal guisa la nobiltà, mantenendosi nel possesso ereditario in mano del primogenito, e ringiovanendo e completandosi coi più distinti della nazione, effettua di generazione in generazione il concetto già designato da Aristotile. Inoltre accogliendo continuamente in sè membri del popolo, e continuamente mandando in mezzo al popolo alcuni dei suoi membri, essa stringe il legame popolare, che è di tanta importanza politica 1). Giustino Möser consigliò inutilmente alla nobiltà tedesca d'imitare l'ordinamento inglese.

1) Risc. Macaulay *the history of England from the accession of James the second. Cap.* 1 Vol. I. Lipsia 1849, pag. 36 e seg.

Digitized by Google

§ 207. Negli stati molto sviluppati la monarchia e la democrazia s'incontrano nel bisogno di una rappresentanza popolare adatta alla legislazione (§ 202 e 203). Nella democrazia il desiderio passionato ed egoistico degl'individui si purifica e diventa provvida e prudente legge del tutto. Nella monarchia si ha cura di organizzare la rappresentanza onde completare la volontà e l'intelligenza del governo coll'intelligenza popolare e dar con ciò maggior vigore alla forza ideale delle leggi. Abbiamo inoltre già veduto (§ 186) che per motivi etici e politici la rappresentanza popolare chiamata a formar le leggi o a concorrervi, deve dividersi in due corpi, che si moderino a vicenda.

In ogni forma di costituzione ed in entrambi i corpi politici, è una domanda fondamentale il sapere, se in essi si tratta di rappresentare e far valere la volontà degl'individui rappresentati, ovvero di ricercare la ragione indipendente della legge come volontà del tutto. La coscienza democratica, partendo dalla volontà individuale come parte essenziale di tutto il potere, cerca a preferenza la prima di queste due cose. Intanto, comprendendola in tal modo, la rappresentanza nazionale non diviene che un conflitto e una concessione scambievole dei singoli interessi; e lo stato (l'uomo etico in grande) rinunzia alla sua dignità etica, la quale esso ha in quanto il tutto va prima e al di sopra delle parti, e diviene quindi capace di essere giusto verso sè stesso e verso le parti e saggio nelle sue relazioni coll'estero. Quindi anche nelle democrazie l'idea della rappresentanza nazionale si è, che l'elezione abbia luogo soltanto per trovare la ragione della legge, come volontà del tutto. Se gli stati tedeschi antichi rappresentavano in collegi e curie separate soltanto i loro interessi particolari e non l'unità nazionale; se coloro i quali avevano posto e voto nella dieta non proteggevano che sè stessi e per loro proprio interesse i loro concittadini; se questo, diciamo, era per lo meno lo stato di fatto: essi trasportavano il diritto privato nel diritto pubblico, e rimanevano fuori dell'idea politica. Certamente nel fatto la maggior parte degli elettori tengono di mira più il proprio interesse, che l'altrui e assai raramente il rapporto confusamente concepito del tutto; ma sarà anche nell'interesse del tutto, che i singoli in-

Digitized by Google

teressi, i quali esigono una considerazione speciale nella ragione del tutto, sieno rappresentati vivamente e profondamente da uomini di fiducia. Ma la costituzione non deve riconoscere il rappresentante del popolo che come un organo della legge, la quale è una espressione della ragione del tutto, e non di una parte isolata; e perciò essa deve determinare i suoi diritti e i suoi doveri, anzi i suoi diritti in grazia dei suoi doveri, e quindi stabilire ch'egli sia sicuro dalle suggestioni degli elettori, che non sia responsabile d'innanzi a loro, e in generale ch'egli sia indipendente e inviolabile nell'esercizio del suo ufficio. Da quanto si è detto risulta, che la misura di ogni rappresentanza nazionale sta assolutamente nel considerare in qual modo la ragione della cosa meglio si riveli per la legge, e venga stabilita come volontà comune.

Fra i due corpi politici dovrà porsi tale un'antitesi di posizione e di punti di vista, da assicurare alle leggi una considerazione, che vicendevolmente si completi e si esaurisca prima di diventare risoluzione. Ciò si ottiene principalmente attribuendo al primo corpo di fronte all'agitato movimento del secondo il calmo emendamento e la protezione delle minoranze (§ 186). A questo primo corpo, la cui idea sta nel contrapporre l'esperienza e il carattere storico ai nuovi ma non ancora maturati impulsi del popolo, si adattano particolarmente gli elementi offerti dalla prima classe, la nobiltà cioè della grande intelligenza e del possesso immobiliare. Le democrazie, le quali non patiscono alcuna nobiltà ereditaria, cercano di assicurare a questo corpo membri distinti e ragguardevoli per un'altra via, come sarebbe ad esempio per elezione fatta non dal popolo, ma dai governi (Regierungen). Per lo contrario l'altro corpo del potere legislativo suole basarsi sull'elezione generale.

Nelle democrazie la volontà degl'individui è sempre spinta a riguardar sè stessa come sorgente del potere e come la molla di ciò che si fa; perciocchè il tutto, se si lasciasse costituire come tutto per legge innata, minaccerebbe di far scomparire la grandezza individuale, cosa che la coscienza democratica non soffre. Quindi la democrazia tenderà nelle sue costituzioni a rinnovare a piccoli intervalli l'elezione dei corpi legislativi e del

Digitized by Google

governo, affine di tenere per tal modo gli organi dello stato in continua dipendenza dalla volontà del popolo elettore. Il sentimento individuale nella democrazia ha il suo proprio amore e il suo proprio odio ben determinato; quindi l'individuo desidera di eleggere egli stesso e non col mezzo di elettori; ogni mediazione, ogni controllo alla sua volontà mercè un grado intermedio ei riguarda come una tutela e come un'offesa alla propria intelligenza. Ogni uomo sta per sè. Quindi nelle democrazie le elezioni sono dirette, elezioni immediate degli elettori originari. La democrazia tende infine acchè il maggior numero possibile prenda parte se non al governo per lo meno alla legislazione; perciocchè niuno rinunzia di buon grado alla propria intelligenza e alla propria volontà, e la forza della volontà popolare è più energicamente rappresentata in una numerosa radunanza. Difatti in generale e quando manchi una grande e risoluta minoranza, una numerosa corporazione si sente più forte, perchè l'amore e l'odio, e in generale le passioni motrici si specchiano in esse ripetutamente e sotto vari aspetti e si comunicano a vicenda la forza, e in questa risolutezza essa agisce con più efficacia e più rispetto al di fuori.

Si domanda in quale rapporto questo carattere delle elezioni democratiche, questo modo di eleggere e spesso rinnovare numerose radunanze in corpo politico, stia col compito richiesto da tutte le forme costituzionali, di formare cioè una radunanza, la quale sia la meglio adatta a tradurre in legge la ragione della cosa e non l'inclinazione o la corrente del momento. La risposta a tale domanda risulterà spontaneamente dalle seguenti considerazioni.

Le elezioni debbono avere l'intento d'interessare il popolo al proprio diritto e al proprio benessere, d'illuminarlo su questi punti, e d'imparargli a conoscere gli uomini capaci di procurare l'interesse generale della nazione. Esse debbono pertanto maturare nella nazione la coscienza politica ed etica e stringere con ciò un legame personale tra essa e tali uomini. Per tale rispetto i giorni dell'elezione debbono essere giorni di patrio sentimento e di patriottica sollecitudine, resi più nobili dai pensieri che si agitano nella storia politica e nel progresso del tem-

Digitized by Google

po. Questa è l'idea dell'elezione: bene spesso però essa viene trascinata al suo opposto dalla triste realtà.

Se le idee politiche, che si presentano al popolo vive e quasi incorporate nei candidati e nei contro candidati, dividono gli elettori e gli agitano fino alla passione; si dovrà tener conto dell'importanza della cosa di cui si tratta e dell'energia del popolo, energia che pur si dee volere, e in grazia dello scopo converrà non essere troppo rigorosi nel determinare i limiti, già difficili a delinearsi, tra gli affetti che promuovono il principio etico e gli affetti che lo dissolvono. Quanto più agitata però è la vita politica, tanto più facilmente trasmodano le elezioni; e contro questo trasmodamento la legge è debole; perchè essa non può intervenire, dove secondo la propria idea viene eseguito un atto di coscienza e di fiducia; il braccio della legge non deve agire nelle elezioni politiche che tutto al più nei delitti estremi ed evidenti. Nei giorni delle elezioni generali il popolo si divide in frazioni politiche, e i partiti sono in campo per procacciarsi la maggior forza possibile. Coloro che non hanno un proprio giudizio vengono eccitati alla passione, e molti che non hanno testa si gonfiano in un orgoglioso sentimento di sè e nella vana imaginazione, come se fossero una specie di uomini di stato. Inganni e ragiri, calunnie e millanterie, allettamenti e intimidazioni, promesse e corruzioni vengono segretamente e apertamente tentati ed esercitati con successo. Gli uomini di partito intorbidiscono le chiare acque per poter pescare nel torbido. Persino il diritto della ragione si serve talvolta del diritto della forza. Il segno più evidente di tali elezioni falsate è la quistione politica, se sia da preferirsi la votazione per appello nominale o la segreta. Soltanto l'aperto coraggio dell'elezione nominale corrisponderebbe al democratico sentimento di sè, e nel senso più elevato al carattere civile, su cui deve basarsi la vita politica in qualsiasi forma di stato. Ma nelle stesse democrazie cercasi bene spesso nel procedere segreto un rifugio per poter dare un voto indipendente e non compro, si cerca cioè mercè il ripiego di un mezzo meccanico di supplire al coraggio etico (conf. ad esempio Cicerone *De legg.* III, 15-17 sulle *Leges tabulariae*). Così avviene poi che i giorni delle elezioni

Digitized by Google

generali, contrariamente alla loro idea, divengono giorni passionati e ciechi, impuri e demagogici. Mentre bisogna provvedere acchè il governo non diventi partito, nè i partiti diventino governo, pur nelle elezioni per lo più vi è il germe del contrario. Nelle democrazie, come ad esempio nell'America del Nord, questa febbre chè s'impossessa del popolo cresce, quando si tratta di eleggere il presidente, il vero nocchiero dello stato, a cui viene affidato più, che a coloro i quali regolano l'ordine della nave. Da quanto si è detto sembra che già in grazia del popolo elettore sarebbe ben fatto di non rinnovare troppo spesso cotali crisi troppo appassionate della sua vita: e ciò si deve egualmente in grazia degli eletti e dell'ufficio onde sono investiti. Imperciocchè il troppo frequente cambiamento rende più difficile la libertà dell'intelligenza diretta soltanto alla cosa, tenendola in maggior dipendenza dalle idee e dai desideri degli elettori; esso interrompe gli affari, spesso li tiene in sospeso con loro danno, e rende più incerto il senso con cui vengono trattati. Le elezioni, che di frequente or pendono da un lato or dall'altro, si cangiano in una instabilità di cose e di condizioni.

Per ciò che riguarda inoltre le radunanze legislative molto numerose secondo le tendenze democratiche, l'importante loro compito di dare le migliori leggi richiede meno un corpo agitato e molto numeroso, che un corpo più calmo e sicuro. Lo scopo di presentare nel corpo legislativo una intelligenza molteplice per la complessità dello stato e per la complessità degli effetti che in sè contiene ogni legge, mena alla necessità di una assemblea numerosa e ricca delle più svariate cognizioni; ma dall' altro lato una legge matematica è di avvertimento contro il numero troppo grande (§ 74). La probabilità che dal dibattimento risulti la ragione della cosa e non altro, cresce solo fino a che alla votazione concorrono solamente uomini intelligenti e sicuri, e scema a misura che aumentano i votanti di giudizio non molto chiaro e di carattere non molto fermo. Ora, poichè una decisa intelligenza non può essere che di pochi e la dote di appropriarsi il giusto richiede già coltura e sicurezza di sguardo; l'improbabilità di un giusto risultato cresce col soverchio numero dei votanti, ovvero, ciò che accade più di fre-

Digitized by Google

quente, nella preponderanza dei voti mal sicuri non decidono che i riguardi e le viste dei partiti. Oltre a ciò le numerose assemblee, che vengono formate da individui della nazione, sottraggono all'esercizio degli affari e al benessere delle istituzioni speciali le forze migliori, e spesso per un tempo maggiore di quello, che esse possono sopportare. In certe circostanze, secondo il numero maggiore o minore degli uomini indipendenti nella loro posizione sociale, ciò può diventare una pericolosa sproporzione, la quale, specialmente quando le assemblee sono di lunga durata, sono sentite come un peso e paralizzano l'interesse della grand'opera nazionale della legislazione. Anche nell'economia delle forze politiche è importante la regola che produce sì grandi cose nello sviluppo della natura organica, la regola cioè del principio compendiario; si tratta di produrre la maggior forza possibile col minor spreco possibile di mezzi e di uomini. Ogni superfluo nelle assemblee politiche racchiude un danno. Non fa d'uopo notare che le proporzioni numeriche sono relative, e che gli stati più piccoli hanno già una misura diversa dai più grandi e viceversa. L'essenza interna della cosa richiede assemblee che sieno grandi a bastanza per raccogliere in sè forze multilateri ed esperimentate nelle varie sfere, e piccole a bastanza da escludere possibilmente i caratteri malsicuri e le intelligenze incapaci.

La monarchia, la quale ha cura di garentire con mano salda l'unità del potere, già per questo impulso interno dispone i corpi concorrenti alla legislazione diversamente dalle democrazie. Ella cerca di evitare le elezioni dirette, e particolarmente troppo di frequente ripetute; ella ama trasmettere il diritto di eleggere i deputati alle corporazioni già esistenti, o ad elettori, i quali eletti bensì dal popolo, sono però da lui indipendenti ed esercitano il loro giudizio con più maturità e acume nell' elezioni dei deputati; ella cerca più accuratamente circondarsi coll'aristocrazia dell' intelligenza e della volontà; e a ciò è condotta dalla sua intima natura. Se nella monarchia si veggono dei fenomeni contrari, spesso essi provvengono da falsi motivi secondari. Può accadere, per esempio, che la monarchia tema la nobiltà che potrebbe formarsi a lei d'accanto mercè assemblee le-

Digitized by Google

gislative poco numerose, ovvero ch' ella tenga espressamente occupate per più tempo assemblee molto numerose per stancare l'impulso democratico della nazione mercè i sensibili danni testè accennati, o nella speranza di conseguire buon giuoco nei propri scopi mercè il mal sicuro elemento delle assemblee numerose.

Se si vogliono evitare le impure commozioni e gli scopi appassionati delle elezioni dirette e generali; se per lo meno non si vuole riguardare come stato di salute etica la febbre della nazione che si riproduce periodicamente, se si vogliano elezioni ponderate ed avvedute: lo stato dovrà promuovere la vita dei comuni e delle corporazioni, ed in luogo delle elezioni dirette, investire gli uomini di fiducia dei comuni e delle corporazioni, e come tali si possono riguardare i loro presidenti eletti; la qual cosa eserciterebbe un'azione salutare sulla elezione di cotesti uomini e sull'importanza del loro ufficio. Importerebbe trovare in ogni arte e in ogni professione un'aristocrazia designata dai consoci stessi e mettere l'elezione in loro mano. Sarebbe erroneo il voler riconoscere in ciò le antiche Maestranze; bisogna saper seguire il movimento della vita e i politici progressi. Ogni opificio che abbia organizzazione comune, per esempio casse comuni di sussidio, ha i suoi uomini di fiducia; ogni opificio ha in coloro che lavorano già da parecchi anni elementi stabili e durevoli. Una tale dignità politica aumenterebbe a sua volta il prestigio degli uomini di fiducia ed eserciterebbe una azione salutare sull'ordinamento civile delle masse. Nelle associazioni, per esempio delle strade ferrate e delle miniere, non sarebbero da autorizzarsi politicamente gli azionisti, che variano, sibbene gli uomini di fiducia e gl' impiegati. Si potrà far quistione se gl'impiegati, i giudici e i militari possano essere elettori, dappoichè fanno parte del potere dello stato; ad ogni caso però essi devono essere elegibili quali uomini di fiducia. Le differenze di un censo elettorale sono chiare dal punto di vista delle prestazioni materiali in pro' dello stato, dal punto di vista delle tasse e delle imposte; nondimeno esse sono eticamente combattute coll'argomento di Platone, che non sempre i ricchi sono i migliori contribuenti, e coll' argomento ancor più generale, che non sempre sono i più intelligenti e i miglio-

Digitized by Google

ri: le loro linee di distinzione sono un dubbio ripiego, che, secondo insegna l'esperienza generale, non resiste al movimento delle cose, e o cadono del tutto, o vengono a poco a poco respinte in una misura più ristretta; esse non bastano, perchè manca loro una distinzione più profondamente etica. Nondimeno finchè manca un ordinamento elettorale più giustamente costituito, esse sono una barriera necessaria contro la ressa degli uomini innovatori, che non sono legati alla durata e al continuo sviluppo nè per industria, nè per possesso, nè per intelligenza, nè per posizione. Il diritto generalmente uguale di suffragio dissolve a poco a poco la forza della monarchia.

La differenza d'origine fra monarchia e democrazia continua ad agire fino ad un certo segno anche sulle assemblee per sè indipendenti e nell'ordine dei loro lavori. Le monarchie più severe nominano il capo delle assemblee, per esempio il *Landtagsmareschall* (Maresciallo della dieta); i corpi democratici eleggono il presidente: questo però non è tutto; perciocchè l'elezione del presidente si conviene alla dignità di un corpo per sè autonomo e alla generale confidenza di cui non deve esser privo colui che internamente lo guida. Nella monarchia però avviene, che il presidente elegge gli uffici dell'assemblea (*Abtheilungen der Versammlungen*) e i membri più adatti per le commissioni consultive e preparatorie, e che in ciò decida la sua intelligenza e l'integrità con cui dirige il tutto. La democrazia, che teme ovunque il favore che fa preferenze e le tendenze di partito, e che presuppone ovunque un'eguale capacità, perchè vede ovunque egual diritto, ricorre invece alla sorte, all'intelligenza imparziale del caso. Solamente il primo di questi due modi assicura i dovuti riguardi alla minoranza, e ai progetti di legge la profonda e intelligente pertrattazione, e non la cieca sorte nè l'elezione partigiana della maggioranza, essendo possibile che i più capaci e meglio preparati alla elaborazione delle medesime appartengano alla minoranza (§ 82). Egli è chiaro pertanto, che in questo rapporto l'ordine degli affari delle assemblee democratiche, dappoichè non possono sottrarsi al dovere che impone la ragione della cosa, potrà avvicinarsi all'ordine degli affari

Digitized by Google

usato nelle assemblee derivanti da istituzioni monarchiche, e non viceversa.

Nelle costituzioni artificialmente immaginate e non derivanti da elementi storici e positivi, la legge elettorale è di una decisiva importanza. All'istesso modo che mediante una legge elettorale si può restringere una costituzione apparentemente liberale; può questa per essa interamente dissolversi. Perciò noi vediamo come i partiti fanno esperimenti colla legge elettorale, e la formano in sensi diametralmente opposti, conciosiacchè in essa si possono celare molti tranelli.

È superfluo osservare, come il diritto penale che riguarda le elezioni, reprimendo i brogli e assicurando l'indipendenza degli elettori, è destinato a garentire le condizioni esterne senza le quali l'idea etica delle elezioni scomparirebbe. Altrettanto però è chiaro, che nelle impercettibili gradazioni che si trovano nella vita civile fra una violenza indiretta e un broglio e un'intimidazione diretta, la legge penale non colpisce in realtà che molto imperfettamente il dolus ch'esso vuol colpire, l'intenzione cioè di falsare mercè raggiri elettorali la libertà comune.

Ann. La legge matematica che ammonisce a non costituire assemblee decidenti troppo numerose (§ 82) è l'inesorabile risposta alle spiritose analogie, colle quali Aristotile — non si saprebbe ben decidere s'egli le esponga soltanto dialetticamente o come sua propria opinione — difende le assemblee della moltitudine. Essere ben possibile, dic'egli, che la moltitudine, in cui nessun individuo sia un uomo distinto, pure unendosi, si trovi nell'assieme migliore degl'individui; allo stesso modo, che, ad esempio, i conviti in cui ciascuno porta il suo sono migliori di quelli preparati a spese di una sola persona; perciocchè tra i molti ciascuno ha un bricciolo di virtù e di prudenza, per cui, unendosi, la moltitudine diviene un sol uomo con molti piedi, molte mani e molti sensi; lo stesso avvenire anche dei caratteri e dell'intelligenza; perciò la moltitudine giudicare meglio le opere musicali e poetiche, giudicando questi una parte, quelli un'altra, e tutti insieme il tutto (*Polit.* III. 11 pag. 1281 a 42 e seg. conf. pag. 1282 a 14 e seg.). Questa similitudine di-

Digitized by Google

mentica di calcolare nella moltitudine i movimenti della cupidigia e le passioni che offuscano l' intelligenza e pervertono la volontà. Nelle opere d'arte l' uomo è per sè stesso uno spettatore libero e spregiudicato; laddove nella politica è parte attiva e partigiana. Quell' intelligenza collettiva, che Aristotile compara coi conviti in cui ciascuno porta la sua porzione, è essenzialmente distrutta e invertita mercè quella parte di falso che insieme viene portata, e il completo raggiungimento della verità, che l'uno procurerebbe mercè l' altro, viene arrestato e reso nullo dalla resistenza che vi fanno l'errore e l'egoismo. Ogni deduzione per analogia è erronea, quando si trae la conseguenza da ciò che vi ha di comune nei casi comparati, nei quali di fatto è la differenza quella che decide.

La teoria politica attribuisce al numero, che non distingue, la imparzialità, e, tolte le sommosse per le elezioni, ama riconoscere nella maggioranza ottenuta mercè la legge elettorale la coscienza del diritto. Nondimeno è prudenza non illudersi intorno all'origine di tale maggioranza. « Calonne » dice *Dahlmann* nella Politica (§ 144), sapeva benissimo che dividendo i suoi 144 notabili in sette uffici, con meno un terzo di voti guadagnerebbe i voti di quattro uffici, di modo che poteva dominare gli altri due terzi dei voti ». Infatti se ciascuno di quei quattro uffici conteneva 21 notabili e gli altri tre 20, quattro uffici, in ciascuno dei quali undici forma la maggioranza, potevano con 44 voti soverchiare gli altri 100. Trasformiamo ora i sette uffici in collegi elettorali, ciascuno dei quali elegga un deputato; potrà accadere colla stessa divisione che 44 voti di un partito, per esempio del liberale, mandino alla camera quattro deputati, mentre 100 dell' altro partito, per esempio dei conservatori, non ne mandino che tre. Un coordinamento accidentale o calcolato dei vari elementi contenuti nei vari gruppi può mercè la loro partizione o cangiare le minoranze in maggioranze od anche assorbir quelle in queste. Poniamo, per esempio, i partiti di quei sette collegi elettorali divisi per modo, che in quattro di essi sia undici il numero di un partito e dieci quello dell' altro, e in tre di essi sia undici il numero di uno e nove quello dell' altro partito; si avrà che un partito con 77 voti farà passare tutti i suoi candidati e l' altro partito sebbene in numero di 67, non ne farà passare nessuno. Quando, come in questo caso, la minoranza si divide nei collegi elettorali e si fraziona per modo, che in nessun luogo sia superiore al partito contrario, essa scompare del tutto nel risultato. Quando per lo contrario essa si raccoglie in singoli col-

Digitized by Google

legi elettorali per modo, che vince a stretta maggioranza, ed impiega altrove la forza risparmiata a stretta maggioranza, ella può, come negli uffici di Calonne, guadagnare al di là di ciò che le spetta. Per mostrar ciò con evidenza supponiamo un altro esempio. Supponiamo che cento elettori sieno divisi in dieci collegi elettorali, ciascuno dei quali elegga un deputato. Ammettiamo ora che nel numero complessivo dei cento elettori sessanta sieno liberali e quaranta conservatori; sarebbe giustizia, che l'elezione facesse risultare sei candidati liberali e quattro conservatori, perchè allora soltanto i partiti troverebbero una rappresentanza proporzionale alle loro forze. Nondimeno, a seconda che i partiti sono divisi nei collegi elettorali, il successo può riuscire ingiusto da un lato come dall'altro. Se i partiti sono così divisi, che in ciascun collegio votino sei liberali e quattro conservatori, questi nel risultato rimangono senza rappresentante, come se fossero nulli. Se per lo contrario in sei collegi i conservatori si raccolgono per modo da avere sei voti per ciascuno, la minoranza conservativa farà passare sei candidati, come se ella fosse la maggioranza; laddove pel dato aggruppamento la maggioranza liberale è costretta a prodigare nei suoi quattro collegi elettorali una forza superflua, dappoichè un sol voto più della metà sarebbe bastato a riportare la vittoria. Si potrebbe supporre che nelle costituzioni rappresentative le sproporzioni si equilibrino mercè la quantità dei collegi elettorali, perchè vanno or da un lato, or dall'altro. Ma nè questo presupposto è necessario, nè questa equilibrazione è precisa. La maggiore probabilità del danno cade sempre sul partito minore, la qual cosa risulta dal calcolo delle combinazioni. Importa che la rappresentanza della minoranza sia conservata nelle assemblee politiche e non scemata; perciocchè l'opposizione rende le forze più tese, la lotta raddrizza le idee, e già per le nuove forze tecniche che si trovano in seno della minoranza la discussione diviene più profonda e più complessa. Oltre a ciò le quistioni che si trattano hanno sempre delle sfuggite, e qualora la minoranza manchi di giusti rappresentanti, la conciliazione e le equilibrazioni riescono inverosimili od impossibili. Per ciò recentemente è divenuto un problema parlamentare, specialmente in Inghilterra, il vedere come siano ad organizzarsi le elezioni, affinchè la maggioranza e la minoranza, riguardate come partiti di tutto il paese, giungano ad una espressione proporzionale alla loro forza. La proposta con molto spirito imaginata da Hare raggiunge questo scopo,

Digitized by Google

ed è attuabile, sebbene artificiale (*Tommaso Hare the election of representatives, parliamentary and municipal.* 3. Ediz. 1865. risc. I. St. *Mill considerations on representative government.* 2. Ediz. 1861 sulla necessaria rappresentanza della minoranza. C. 7 pag. 131 e seg.). Siccome quella proposta raccoglie i voti di tutto il paese in un sol centro, essa dà all'elettore una possibilità di scegliere maggiore, che non sia quella che egli ha in un solo collegio elettorale, in cui deve decidersi per uno dei due. Veramente tra il rappresentante e il suo collegio elettorale non si stringe un legame sì personale e sì locale come finora, ma un vincolo tutt' affatto universale. Le elezioni per la rappresentanza della minoranza, quando sono applicate localmente per conciliazione, come nella riforma parlamentare inglese dell' Agosto 1867, assumono l'apparenza di una ineguaglianza organizzata a favore di un solo partito: soltanto generalmente attuate, come nella proposta di Hare e di Mill, esse sono l'opera di una giustizia proporzionale, poichè ciascun partito riceve ciò che gli spetta. Certamente anche con ciò la maggioranza rimane maggioranza e la minoranza minoranza; ma la maggioranza trae profitto dalla minoranza, e questa impara la via di una futura vittoria. La lotta diviene più intellettuale e la ragione della cosa viene più ampiamente rischiarata. La democrazia, conseguente ai suoi principi, riconoscendo che col suo principio di numero per capi aumenta i defetti della sua rappresentanza, se tiene lontano dalla bilancia il peso della minoranza, ha inventato e raccomandato questa opportuna proposta, la quale nondimeno per sè stessa non decide sul fondamento del diritto elettorale, se sia condizionata o incondizionata, se più aristocratica o più democratica; ella è attuabile per qualunque costituzione, la quale, indifferentemente per quali presupposti, convoca all'elezione dei deputati tutti gli aventi dritto, e diviene ovunque per i dati partiti tanto giusta, quanto può esserlo il numero astratto.

§ 208. I corpi legislativi, che concorrono anche alla legge sulle imposte, hanno in questo dritto di accordare le imposte tutta l'energia della loro forza; mediante questo dritto essi possono nei singoli casi togliere ogni valore ad ordinanze e misure amministrative; poichè sono essi che accordano i mezzi generali per ogni esecuzione, e nella monarchia possono indirettamente rivolgere questo dritto anche contro le persone che

Digitized by Google

sono al timone dello stato. Quale conseguenza di potere o no concedere le imposte si riguarda anche il diritto di negarle del tutto; sicchè i corpi legislativi non solo hanno il diritto di negare nuove imposte o di limitarne una parte, ma anche di rifiutarle del tutto. Dove un corpo legislativo impieghi questo mezzo con successo, esso diventa padrone delle persone del governo, alle quali col danaro egli toglie ogni forza. Nondimeno questa conseguenza è tratta solo dalla parola e non dallo spirito della cosa; perciocchè l'accordare le imposte ha il significato di un possente controllo, non però quello che un potere possa rendersi padrone dell'altro, od anche elevarsi al di sopra del tutto. La conseguenza formale in questo punto d'incrociamento dei poteri si ridurrebbe a concedere il diritto alla parte di distruggere a buon conto il tutto. Infatti se tutte le imposte vengono negate, e si ristagnano con ciò tutte le entrate, lo stato viene a paralizzarsi, e i suoi organi periscono. Le leggi dovrebbero aver valore, ma la loro esecuzione sarebbe impossibile; gl'impiegati dello stato sarebbero forzati ad una specie di rapina; il suo credito all'estero cesserebbe, e i nemici gioirebbero dell'interno arruffamento e della crescente sua debolezza. Il corpo legislativo cui non ripugni di collegarsi all'egoistica avarizia dei sudditi, che certamente preferiscono non pagare nessuna imposta, mieterà il frutto del mal seme: il mezzo ch'esso ha diretto contro le persone del governo, abusandone, si cangia in un mezzo contro lo stato stesso. Dove il rifiuto delle imposte è stato deciso e fatto valere, avvi guerra interna e lotta reciproca dei poteri. Laonde da quanto si è detto apparisce, che il così detto diritto di rifiutare le imposte, che in apparenza è una forza del corpo legislativo, non è una vera forza, giacchè questa dev'essere insieme organamento e completamento (§ 36), ma un'ingiustizia. È quindi necessario un provvedimento per legge onde mantenere al potere legislativo il diritto di accordare le imposte entro quei limiti che l'esistenza dello stato lo richiede, e di escluderlo pel totale rifiuto di esse.

§ 209. All'istesso modo che il potere legislativo ha una forza reale sulla legge che accorda le imposte e approva l'amministrazione—per la qual cosa esso ha un'azione determinante sul

Digitized by Google

governo e sugli ordinamenti dello stato — ha il governo una forza reale sul potere legislativo mercè gl'impieghi, mediante i quali può reagire sull'origine di esso nelle elezioni. Persino nelle democrazie, dove il popolo o i suoi rappresentanti occupano gli uffici più elevati del governo, suole a questo rimanere il dritto di nomina negli ulteriori impieghi.

Poichè il governo è il custode degli uffici (§ 133); ei sta nel suo concetto, ch'esso li copra esclusivamente nel senso della cosa, e quindi scelga l'uomo per l'ufficio e non l'ufficio per l'uomo. Poichè inoltre ad ogni ufficio è insita un'idea peculiare e immanente; così non è giusto, che il governo così detto parlamentare (governo di partiti politici che si avvicendano) abbandoni gli uffici alle mobili tendenze politiche e ai loro rappresentanti del momento, più che non richiegga la cosa istessa: egli è un'assoluta ingiustizia il porre l'ufficio, anzicchè al di sopra, al di sotto della persona mercè impieghi di favore (il sistema parlamentare del *patronage*), e di usare del governo in vantaggio dei governanti mercè gl'impieghi, cosa che portat'oltre, diverrebbe traviamento di qualunque costituzione. Da ciò ha origine quella falsa tendenza dei partiti parlamentari, la quale, diretta contro i governanti, ha di mira i suoi impieghi, ed è designata con la massima: *ôte toi, afin que je m'y mette.* Per lo contrario egli è caratteristica di ogni stabile e forte governo, specialmente della vera monarchia, il porre nell'adatto posto l'uomo adatto e di conservarlo nell'adatto ufficio, acciocchè esso si perfezioni nell'ufficio e l'ufficio in lui. Consono alla libertà comune di un tale stato è il lasciare che gl'individui si aprano da sè una via agli uffici mercè un'acquistata capacità, mercè gli esami sostenuti e rivaleggiando coi migliori, e che in conseguenza nell'ufficio si anteponga la cosa ai rapporti personali o politici. Se originariamente la monarchia lascia che i vari poteri si completino in sè stessi e secondo i loro scopi interni, (§ 203), ciò dev'essere anche attuato dalle altre forme costituzionali.

Il potere personale del governo, che esiste principalmente negl'impieghi politici, può estendersi ad altri indirizzi affini, per

Digitized by Google

esempio, alle concessioni d'industrie o di stabilimenti e simili; mercè le quali e mercè il maneggio della pubblica sicurezza, dell'espulsione e dei passaporti, il governo può far sentire personalmente il suo potere, il suo favore o il suo disfavore. Sicchè persino il procuratore dello stato, il quale secondo la sua idea dovrebbe stare al di sopra di tutti i partiti, può, se deve esercitare il suo ufficio soltanto come impiegato dipendente dal temporaneo ministero, rendere innocua la legge penale per gli uomini del suo partito politico ed applicarla contro gli uomini del partito contrario. Il governo possiede in tali mezzi un potere diviso in molti punti, ma capace sempre di raccogliersi, il quale poi ad ogni congiuntura politica, ad esempio nelle elezioni, nelle votazioni, può sensibilmente agire a reprimere l'insorgente minoranza. Nella reciproca azione dei poteri democratici, in cui le forze politiche si trovano in un movimento circolare, quando manca un punto stabile, si cercano talvolta invano dei mezzi contro tali arti, le quali alla fine non fanno che rendere spregevole lo stato, l'uomo « canonico », nei suoi movimenti supremi, e corrompono uomini e costituzione. Bene spesso coloro che sono nel dolce possesso del potere hanno la pelle dura persino contro la pubblica opinione che li condanna. Soltanto un forte principe, che non cessa di riguardarsi come custode dello spirito etico del popolo e dello stato, è salvaguardia della giusta costituzione.

§ 210. Una forza ideale, con cui sta in necessario rapporto qualsiasi costituzione, è la Pubblica Opinione; la cui etica essenza, fatta distinzione fra quella che è e che dovrebbe essere, deve costituire la coscienza pubblica, che accompagna e provoca gli avvenimenti.

Nell'uomo che pensa, in opposizione agli appetiti e all'istinto del momento, e di rincontro alle possenti rappresentazioni mercè le quali si fanno valere, si forma una moltitudine di rappresentazioni, che riproducono tutto l'uomo di fronte alle parti, che non desiderano che sè stesse; e nella lotta, in cui possono incontrarsi le singole tendenze dell'uomo, si eleva nel sentimento e nella rappresentazione una tendenza che parte dal tutto. In una tale contrazione e reazione di tutto l'uomo contro

Digitized by Google

le parti riposa l'essenza della coscienza (§ 39). Ora quanto più pura è sentita l'idea di tutto l' uomo nel sentimento del piacere o del dispiacere della coscienza, tanto più a dritto la coscienza può valere come una voce divina. Il medio evo ha distinto la coscienza che conserva come una forza interna la sua origine divina in una perfetta purezza (la così detta sinteresi) dalla coscienza che si muove nella pratica della vita, e che perciò non di rado è intorbidata (*conscientia*). In tale senso la chiesa, in quanto rappresenta la divina sorgente e la non falsata purità degl'etici concetti, può chiamarsi la coscienza nello stato. Egli è in questo senso che la pubblica opinione deve divenire coscienza; ed in mezzo al suo traviamento devesi curare e sviluppare quel germe che in essa rimane di pubblica coscienza.

Ogni cupidigia nello stato, diretta sola al proprio interesse, produce dapprima con massima energia le rappresentazioni mercè le quali pensa di giustificarsi. Ogni scontento, che vuole opporsi ad un ostacolo, cerca le sue armi in tali rappresentazioni, che profondamente fanno degradare il dritto dell'ostacolo, mentre elevano altamente il dritto del desiderio non appagato. Ma nè la cupidigia nè il malcontento comprendono le cose come sono di fatto; l' una e l' altro le trasformano secondo il proprio modo di vedere; adoperano una critica acuta bensì, ma unilaterale, ed eccitano timore e speranza per guadagnarsi il tranquillo tutto: le passioni nei partiti ingrandiscono, ed aumentano di forza. Sicchè a formare la pubblica opinione concorrono elementi puri ed impuri, giusti e riprovevoli. Dapprima essa rappresenta unilateralmente dei pensieri, i quali a vicenda si accusano o si scusano; ma in mezzo ad essi sorge un principio più elevato che li giudica, l'idea cioè del tutto, la quale viene sentita come coscienza. In quello che le tendenze unilaterali si equilibrano, e che le rappresentazioni del tutto divengono possenti contro di esse, sorge a poco a poco in mezzo al movimento quello spettatore imparziale, che con le sue simpatie e antipatie etiche esprime un giudizio etico (§ 30). Soltanto per l'eco di questo uomo interno nel popolo può valere il proverbio: « voce di popolo, voce di Dio ». La pubblica opinione, adatta pei suoi cento occhi e cento orecchi ad osservar tutto,

Digitized by Google

diviene il vero giudice dei fatti e delle leggi, e quindi il principale determinante dell'uomo di stato. Questi però deve sempre dividere l'opinione del giorno in due elementi; nell'uno ei vedrà l'espressione delle variabili disposizioni degli animi, delle tendenze partigiane, delle offese e dei desiderî personali, tutte cose che egli riguarderà come forze reali del momento, ma che accoglierà per conto suo solo pel giusto trattamento del momento; e nell'altro, in mezzo all'accordo di viste unilateri, l'espressione di ciò che è necessario, il giudizio del tutto che rimprovera od avverte, o il tacito impulso d'un bisogno essenziale, che richiede una durevole soddisfazione nelle leggi o nei regolamenti. La polizia forse non vi vede che le prime cose; ma l'uomo di stato le une e le altre.

A produrre ed assicurare una giusta opinione pubblica vi concorre tutto ciò che coopera all'educazione e alla coltura del popolo, in particolare la pubblica amministrazione della giustizia mercè giudici ragguardevoli e giurati di fermo carattere, e la pubblica discussione delle leggi mercè uomini illuminati e probi: queste istituzioni rappresentano precipuamente l'elemento necessario della pubblica opinione. Agendo sulla opinione popolare, i giudizi, che da loro emanano, vengono alla loro volta confermati e sostenuti dal popolo, ovvero emendati dall'opposizione.

Da questa importanza della pubblica opinione nasce il diritto generale della libera compartecipazione, la isegoria delle antiche democrazie, la libertà di stampa nelle costituzioni moderne.

Non si va certamente troppo lungi dal vero se si ritiene la Libertà della stampa come un diritto innato degl'individui, giacchè l'uomo deve poter parlare come pensa, se abbia ad essere in accordo con sè stesso ed avere l'obbligo di essere veritiero. Però da una parte anche questo diritto è limitato dal dovere di non far del male colla parola, e dall'altra nessuno può avere un diritto in sè di moltiplicare smisuratamente collo scritto e colla stampa l'effetto della sua parola orale. Oltracciò la parola stampata è divenuta più leggera che la parlata, perchè quella può essere diffusa nel mondo senza nome e senza garenzia, laddove della parlata ne risponde sempre colui che la pronuncia, e

Digitized by Google

ciascuno la interpetra secondo la persona dalla quale è uscita. Il dritto di libera stampa, similmente al dritto in generale, sorge e si limita nel punto, in cui l'interesse dell'individuo si accorda con quello dell'universale. È consono al perfezionamento dell'uomo in grande, col quale anche l'individuo si perfeziona, di sviluppare e sentire nella pubblica opinione la sua coscienza etica; e alla parola, allo scritto, alla stampa si spetta quella libertà che a ciò mena. Il diritto della stampa è quindi destinato a garentire le condizioni, nelle quali sia possibile una pubblica opinione etica. Esso ha la sua suprema legge nella verità dei fatti, senza di cui non può esservi coscienza che giudichi. Davanti alla sobrietà dei nudi fatti cedono le esagerazioni che li travestono. Il dritto deve quindi esigere e proteggere la verità dei fatti come base di tutto ciò che contribuisce alla pubblica opinione. Similmente ad ogni potere che può degenerare in prepotenza od in arbitrio, anche la forza della parola, la quale si propaga, e può dividere od unire gli animi, infiammarli o attutarli, eccitarli alle sommosse o calmarli alla pace, dissolverli colla menzogna od alimentarli colla verità, ha bisogno della legge tutrice dello scopo interno.

Contro l'abuso di essa i governi sì laici che ecclesiastici, sì monarchici che repubblicani, (i quali temono le opinioni ostili, perchè facilmente seguite da fatti ostili, e più un attacco morale che uno materiale), sono ricorsi per lo più al mezzo più sicuro e pronto del divieto preventivo, istituendo la Censura della polizia, la quale non lascia stampar nulla che non sia prima da essa approvata. Nella sua forma più rozza non rappresenta che la prepotenza di ciò che attualmente esiste ed è in vigore. Ella offende le condizioni della libera partecipazione, necessarie perchè si costituisca un'opinione etica, ed è quindi sentita dagl'individui come una barriera indegna e inopportuna alle produzioni del libero spirito. La scienza nelle sue ricerche si sente offesa, di vedersi assoggettata a tutori. Laonde a poco a poco si è fatta strada, nel senso della libertà intellettuale e contro il sistema della censura, il diritto della libertà di stampa, il quale punisce i reati in luogo di prevenirli. Se la pubblica coscienza dev'essere costituita dalla libertà del pensiero, certo a purificare

Digitized by Google

la pubblica opinione varrà meglio il pubblico verdetto dei giudici, che sentenzia sul vero o sulla menzogna, che la sentenza autocratica della censura, la quale si rivela come un arbitrio o come necessità di difesa, e fa nascere nel popolo il sospetto e nella stampa un linguaggio copertamente ostile.

Il trattare repressivamente la stampa ha certamente i suoi inconvenienti nei giudici o giurati, i quali difficilmente sottraggono la loro sentenza dalle passioni dei partiti politici, ed in tempi di eccitamenti anche poichè l'effetto delle false idee si propaga senza ritegno, sebbene l'autore ne venga punito. *Punitis ingeniis gliscit auctoritas* 1).

Per evitare i difetti di entrambi questi procedimenti, si è cercato di unirli in modo, che da entrambi si potesse prendere il bene ed escludere il male, per esempio non esercitando censura, ma facendo che la polizia sequestri subito lo stampato che si trovi lesivo, finchè il giudice abbia sentenziato per la libera propagazione o per la soppressione dello stesso. Il sistema di censura nondimeno potrebbe nel fatto temperare la sua asprezza, qualora (in luogo della censura di polizia) fosse nominato in ultima istanza un tribunale di censura composto di uomini illuminati e ragguardevoli. Allora scomparirebbe il pericolo che venissero soppressi pensieri di un valore intrinseco. Nondimeno la procedura semplicemente repressiva può aggravarsi talmente mercè le leggi penali e una rigorosa esecuzione delle medesime, da rimanere la stampa in questo sistema più vincolata che in quello.

In tempi di pacifico sviluppo importa principalmente assicurare il dritto della libera compartecipazione. Ma in tempi di sconvolgimento, in paesi conquistati, durante lo stato d'assedio potrà avvenire che la forza degli avvenimenti e l'istinto della propria conservazione inerente al tutto, impongano per qualche tempo di sostituire la censura preventiva e violenta alla repressiva e giuridica (§ 182). Lo stato che può lasciare, che la pubblica opinione si renda più pura e profonda, è certamente più forte di quello, che ciò non possa. Non di rado la suscettività contro

1) Tacito — Annali, IV, 35.

Digitized by Google

la libera parola è effetto di debolezza derivante da cattiva coscienza. La vera sapienza sta nel promuovere il gran processo dello sviluppo dell' opinione pubblica per modo, che dalle idee dapprima oscure e contraddittorie scaturisca vittoriosa la chiara idea del giusto, dalle coalizioni accidentali ed egoistiche il principio essenziale e necessario, e dagli spettatori partigiani un principio imparziale e vittorioso.

§ 211. Finora si è sempre dimostrato, che i principii formativi del diritto non sono nè esclusivamente negl'individui nè esclusivamente nel tutto universale, sibbene nell' unione di un indirizzo che parte dagl'individui con un altro che parte dal tutto (conf. § 87, per la Proprietà § 93, pel Contratto § 104, per la Famiglia § 124, per lo Stato § 151). Nè potrebbe essere altrimenti; perciocchè la tendenza verso l' Afforzamento, partendo dagl'individui, diviene un Completamento etico soltanto, quando si comprenda nel tempo stesso come Organamento del tutto. Inoltre poichè gli uomini individui e l'uomo in grande, che noi chiamiamo stato, non si completano eticamente che uniti e a vicenda; anche il diritto che garentisce le condizioni del principio etico, non può scaturire che dai due indirizzi uniti. Risulta da questo rapporto la conseguenza, che il diverso modo di trattare lo stato (nella costituzione), ha un' influenza anche sulla formazione del dritto individuale e degli ordini speciali.

Questa influenza della costituzione sui diritti individuali ha luogo non solo nei rapporti che, a guisa dell'obbligo militare, vengono direttamente determinati dallo stato, ma anche nei rapporti che riguardano esclusivamente il diritto privato.

In generale quegli stati, i quali per la loro costituzione chiamano il popolo a partecipare della legislazione, disporranno della proprietà individuale più facilmente e con minori riguardi – per esempio nella imposizione delle tasse (§ 159) e nella espropriazione (§ 100) – che altri stati in cui ciò non sia, a meno che non sieno stati dispotici. Quindi nei primi il popolo lascia disporre del proprio dai suoi rappresentanti, laddove negli altri si evita di disporre liberamente dell'altrui. Riguardandosi la sovranità piuttosto come un diritto privato, si lascia intangibile, per quan-

Digitized by Google

to ciò è possibile, anche il diritto privato degl'individui, perchè manca l'organo che faccia riconoscere come legale ciò cui si pon mano. Questa differenza si scorge particolarmente nel dritto di successione. La democrazia, che è gelosa di ogni disuguaglianza e nemica d'ogni grandezza che si eleva storicamente, tenderà a dare al singolo come individuo la massima libertà di azione, e cercherà in generale di prescrivere nel dritto di successione la divisione dei beni e particolarmente anche dei beni immobiliari. Essa eviterà i fidecommessi (§ 143, § 162), perchè sono destinati a conservare le famiglie in potenza istorica, e quindi a far sorgere delle differenze, che minacciano l'eguaglianza. La democratica America del Nord, per esempio, in quasi tutti gli stati ha abolite le disposizioni del dritto ereditario inglese sulle sostituzioni, e in altri le ha smussate, dando con ciò forza alla base democratica della vita. La ricchezza ora si suddivide nei più prossimi parenti, e passando di generazione in generazione, dissolve la base che in sè racchiude di elevare e consolidare le famiglie. Per lo contrario lo stato aristocratico e il monarchico, che si appoggia all'aristocrazia, amerà racchiudere in una sola mano la eredità: l'aristocrazia nel solo proprio interesse e la monarchia in un senso più vasto e libero, collegando le famiglie storiche alla propria storica vita.

Inoltre la vita e lo sviluppo dei comuni e delle corporazioni giustificate dai loro scopi speciali (§ 180), se messi in giusti rapporti col tutto, sono un sostegno dello spirito etico di ogni costituzione. Vi ha nondimeno certe forme assolute di monarchia e talvolta anche di democrazia, le quali non vogliono vedere che individui isolati e deboli, e temono in ogni comune ed in ogni corporazione la possibile resistenza di un dritto particolare. Una costituzione così militarmente centralizzatrice si avvicina molto al dispotismo.

Finalmente la costituzione s'immischia nella famiglia per la educazione dei figliuoli. Fino a qual limite ella debba farlo, dipende meno dalla forma fondamentale democratica o monarchica, che dal grado di coltura e dal rapporto dello stato colla chiesa. L'educazione è il lato spirituale della procreazione fisica, è la propagazione della sostanza spirituale nell'umanità. Lo

Digitized by Google

stato, perchè poggiato su base spirituale, vi ha il massimo interesse. Esso esercita nel modo più nobile il diritto della propria conservazione, se prende cura della base generale dell'educazione nazionale ed umana, della nazionale che conserva la costituzione nello spirito etico e storico, e della umana che è basata nell'educazione religiosa (§ 138, § 172, § 179); ed esso adempie al suo dovere, se conserva nel dritto le condizioni mercè le quali tale cura è solamente possibile.

Se lo stato, compreso nel senso più lato della sua natura, ha da rappresentare il popolo come un uomo in grande, e se quest'uomo in grande è subordinato alla condizione, che il popolo si riproduca e completi sì naturalmente che spiritualmente; se inoltre è necessario che la volontà di tutti sia determinata da idee etiche comuni, e cotale unità dello spirito dipende essenzialmente dalla condizione che la gioventù a ciò sia abituata ed istruita: ei ne viene per conseguenza, che lo stato debba essere educativo. In uno stato veramente ottimo, l' ottimo cittadino e l'uomo ottimo sono la stessa cosa; lo stato non fa che promuovere solamente il buon cittadino nei suoi indirizzi speciali. Lo stato non è buono che nel completo sviluppo dei suoi cittadini; laddove lo stato cattivo richiede cattivi organi e sudditi deboli, se non cattivi. Sarebbe una contraddizione che lo stato presumesse nei cittadini una volontà corrispondente allo spirito etico delle sue leggi, e dove tale volontà mancasse, e tale mancanza si manifestasse in atti positivi, punisse questi atti senza però fare o poter far nulla per spargere il seme di una tale volontà etica. Egli è invece conforme alla natura della cosa, che lo stato per parte sua prenda cura dell'educazione della gioventù, acciocchè punisca il meno che sia possibile gli adulti. Sarebbe contraddittorio di negare allo stato l' educazione della gioventù e farlo intanto il birro degli adulti. La cura generale dell' educazione, e, in quanto questa non può imaginarsi senza le prime nozioni della coltura, la cura generale degli elementi dell'istruzione è compresa pertanto nell'idea dello stato, e dal riconoscimento di questa idea deriva dall'altro lato l'*obbligatorietà della scuola*. Allo stato non può certamente incombere altra cura che questa; perciocchè il terreno proprio della educazione,

Digitized by Google

per la quale non avvi alcuna sostituzione artificiale, è la famiglia cogli eccitamenti e colle dimostrazioni spontanee di amore e col necessario requisito dell' obbedienza; e lo stato coi suoi istituti non vi entra che come regolatore e completamento,e soprattutto avendo cura, che la famiglia non trascuri nei figliuoli i doveri della più necessaria educazione (§ 138).Siccome ogni educazione dev'essere individuale, poichè « segue il dito di Dio nell'ordine naturale »; così tutte le misure generali dello stato sono insufficienti al supremo scopo dell'educazione. L'educazione pubblica deve pertanto basare sull' educazione domestica.

Mercè la famiglia, mercè i genitori che appartengono alla chiesa, questa entra insieme allo stato nei diritti dell'educazione (§ 172); essa rappresenta i membri che crescono nell'educazione secondo la volontà dei genitori e sè medesima in essa. Le chiese completano in un modo loro proprio l'educazione etica, la quale ha la sua radice nella religione. Mediante lo spirito della chiesa l' educazione delle famiglie acquista un'anima comune. Le chiese quindi ponendosi al posto dei genitori che appartengono alle loro confessioni, fanno valere quegli stessi diritti che spettano allo stato nell' educazione dei figliuoli, ma con una forza spirituale, la quale, fondata innanzi o al disopra degl'individui, non deriva dagl'individui.Nondimeno la chiesa non può sostituirsi allo stato, il cui dovere e diritto in questo rapporto non può venir meno. Le chiese, le quali per loro natura descrivono vaste e universali sfere al di là dello stato, nulla hanno che fare collo spirito individuale, che vive nello stato storico e pel quale esso dà l' educazione. Come le famiglie cercano il completamento dell'educazione religiosa nelle singole chiese, all'istesso modo lo stato incarica queste di una tale cura; e ciò è un effetto della sua fiducia, perciocchè da un lato allo stato giova il riconoscere entro il suo dominio la società religiosa e il vedere se essa possa o no accordarsi collo spirito etico delle sue leggi; e dall'altro lato in generale esso non può essere indifferente alla religione. All'istesso modo che lo stato non inventa la scienza, nè esercita il commercio, ma promuove la scienza ed apre le vie al commercio, per modo che gl' interessi dell' una e dell' altro sono anche suoi interessi; esso non produce le chiese;

Digitized by Google

ma però gli intendimenti della religione lungi dall' essergli estranei, gli sono talmente vitali, che senza di essi non potrebbe compiere la sua umana missione. Nell'educazione dei figliuoli la famiglia e lo stato s' incontrano colla chiesa; ma lo stato non può rinunziare al proprio dritto primitivo di fronte alla chiesa, nè di fronte ai genitori può lasciare che i figliuoli crescano al di fuori di tutte le religioni, quando essi si distaccano dalle religioni riconosciute. Soltanto la teoria unilaterale dello stato di diritto (§ 151) favorisce un tale completo distacco dello stato dalla chiesa, per la qual cosa esso si priva di un soccorso spirituale. La supposizione, che a chi il voglia debba essere possibile di vivere anche senza religione nello stato, non è ammissibile, all' istesso modo che gli antichi legislatori non vollero ammettere la possibilità del parricidio. L'anima che non ha più religione cade immancabilmente nella superstizione. La cura dell' istruzione generale, in quanto sua mercè si ottiene un aumento di forza negl' individui e per conseguenza un aumento della forza complessiva del popolo, non è che un secondo dovere dello stato, dovere che nasce e cresce coi progressi della civiltà. Sarebbe però una contraddizione chiedere dal governo scuole generali di coltura civile e rifiutare l' istruzione della religione, che è il nerbo di ogni forza, la base di ogni principio etico. Lo stato diviene migliore e più nobile, accogliendo in sè la più nobile di tutte le cure, quella cioè dell'educazione e della coltura.

Nei punti in cui gli scopi della famiglia s' incontrano con quelli dello stato, e quelli dello stato con quelli della chiesa sono possibili vari modi di accordo, da cui deriva il dritto dei partecipanti: esso dev'essere determinato per modo, da garentire gli scopi interni della famiglia, della chiesa e dello stato, cosicchè nella reciproca azione essi si promuovano reciprocamente. Questa è l'ultima meta. Le varie costituzioni possono avere un' influenza anche sulla formazione di questo diritto, non però necessariamente. Non è necessario che la monarchia eserciti sulla obbligatorietà della scuola o sullo spirito religioso dell' educazione un' autorità più severa; ma nella debole democrazia vi

Digitized by Google

sarà sempre la tendenza di abbandonare illimitatamente l'educazione e l'istruzione alla cura dei genitori.

In tutti i rapporti, in cui la costituzione storica come tale esercita un'influenza sulla formazione del dritto, vale la distinzione già fatta da Aristotile fra il giusto assoluto e il giusto condizionato (§ 48). Con questa distinzione si riconosce, che il diritto può prendere una diversa forma, anzi deve, quando gli scopi della costituzione siano cangiati (ris. per esempio *Aristot. Polit.* III. 13, pag. 1281, *b* 15 e seg). Egli è importante di riconoscere la conseguenza politica e di non innestare mercè una falsa analogia una costituzione con un'altra (§ 72. § 73).

Ann. Nel concetto obbiettivo che gli antichi filosofi si fanno dello stato non vi ha dubbio, che uno stato ottimo debba educarsi ottimi cittadini (conf. *Arist. Polit.* III. 9. VII, 13). Aristotile riguarda come una caratteristica necessaria dello stato, di fronte ad una semplice associazione, di avere tali e non differenti cittadini (III, 9. p. 1280 *b*, 2). Lo stato, che come un tutto è prima delle parti, conforma le parti a sè. Nè i diritti dei genitori, nè le pretese dei preti poterono valere contro questa forza razionale dello stato. La dottrina politica di Platone e di Aristotile è in gran parte dottrina di educazione; la loro politica è una pedagogia. Nella teoria greca il diritto incontrastato dello stato si è di diffondere nella educazione il proprio spirito etico. Nel Medio Evo però, meno poche eccezioni, non è lo stato ma soltanto la chiesa che prende cura dell'istruzione della gioventù, e più tardi il comune in lotta colla chiesa. Di una obbligatorietà generale della scuola imposta e sorvegliata non vi era alcuna idea. Appena i riformatori, i quali legavano strettamente la chiesa allo stato, la domandarono nella lotta in pro' del vangelo. Lutero nella sua predica per indurre a mandare i figliuoli alla scuola (1530) dice: « Io stimo però che anche l'autorità sia in dovere di obbligare i sudditi a mandare i figliuoli a scuola, specialmente quelli di cui si è parlato sopra. Perciocchè essa è veramente obbligata a conservare i detti uffici e le dette classi, cioè predicatori, giuristi, parroci, scrittori, medici, maestri e simili, perchè di essi non puossi fare a meno. Se ella può costringere i sudditi, che vi sono atti, a portar lancia e fucile, acciocchè corrano sulle mura e facciano quanto è necessario per guerreggiare; quanto più non potrà e dovrà costringere i sudditi a mandare i loro figliuoli

Digitized by Google

alla scuola, qui essendoci una guerra ben peggiore contro il maligno demone, che intende a dissanguare tacitamente città e principato col privarlo di uomini capaci, finchè ne abbia succiato il midollo? ecc. ». In tal modo Lutero chiedeva che si obbligasse alla scuola come alla guerra. Infatti l'educazione che esercita lo stato è il suo reclutamento spirituale.

Intanto questo dritto dello stato deve ancora conquistarsi colla lotta, perchè disputato da due parti diverse, da una parte dalla libertà politica, e dall' altra dalle tendenze gerarchiche. Così in Inghilterra da una parte domina l'idea che l'educazione dei figliuoli spetti ai diritti e ai doveri divini dei genitori. Si riguardano le scuole come un fatto comunale ecclesiastico, e si teme nell' obbligatorietà della scuola una dipendenza politica dallo stato. Cionondimeno nei tempi recentissimi lo stato, almeno indirettamente, ha fatto molto in Inghilterra per la educazione e l' istruzione del popolo, essendosi rivelato che la coltura del popolo era molto diversa e per molti capi trascurata. L' idea del compito ideale dello stato di coltivare i suoi cittadini, di educarli e di istruirli è colà grandemente cresciuta. Dall'altro lato la teoria della Libertà d'istruzione, promossa particolarmente da una parte del clero cattolico, cerca di sottrarre allo stato il diritto e il potere dell'istruzione, e di affidarla all' autorità della chiesa. Sicchè mentre col nome di obbligatorietà alla scuola si garentisce la libertà mercè la coltura, non di rado sotto il nome di libertà di istruzione si è cercato la servilità mercè l' ignoranza e la stupidità. Dove, come nell' America del Nord, lo stato poggia su dissidenti religioni, e la schiavitù ammessa sconsiglia dall'offrire agli schiavi una religione, la quale, essendo di essenza spirituale, racchiude in sè principî di libertà; l' indipendenza completa della istruzione e della educazione dallo stato si potrà ritenere come inevitabile, ma non elogiare come un progresso.

Istoricamente la cura per l' istruzione generale del popolo negli elementi della coltura derivò dalla chiesa, particolarmente dall' evangelica. Se in seguito il lato civile e mondano dell' istruzione crebbe col progresso della civiltà, ei fu naturale e giusto che tale cura passasse allo stato, come quello che per sua natura deve concedere ad ogni indirizzo il suo dritto, poichè soltanto l'interesse di tutti è l'interesse suo. Poco savia cosa però egli è di separare l'istruzione, come una tecnica materiale, dalla educazione personale. Lo stato non deve rinunziare al concetto universale che costituisce la

Digitized by Google

sua essenza e in grazia del quale gli antichi filosofi da esso esigevano che formasse buoni cittadini. Ma il suo compito sull'educazione è divenuto più vasto, perchè essa non esclude nessuno, nè l'infima classe nè gli schiavi, come in Grecia si faceva teoricamente e praticamente; e il suo compito è divenuto più alto, perchè, per soddisfarlo, deve penetrare nei beni più spirituali della religione e della scienza. Per tal modo esso stesso e le cose guadagnano nel loro valore ideale mercè il contatto colla forza più universale e collo sguardo meno egoistico possibile. Di tal natura adunque è la forza e lo sguardo dello stato.

§ 212. Il concetto della **Libertà**, che indeterminato com'è, ma consono all' idea umana, esercita la più grande efficacia sugli animi, vien compreso in vario modo secondo le due diverse forme fondamentali dello stato, democrazia e monarchia. Fu notato più sopra (§ 186), che il contenuto della libertà sta nelle leggi razionali dello stato, che ogni uomo dovrebbe imporre a sè stesso, e nell'obbedienza che alle medesime si presta: dalla libertà per conseguenza è escluso ogni sfrenato arbitrio. Il compito quindi di ogni giusta forma politica, sia dessa monarchica che democratica, sta nell'adempimento di questo concetto reale di libertà, sia conservando e garantendo le leggi razionali che esistono, sia rendendo possibili quelle che non esistono ancora.

Intanto la libertà dello stato oltre a questo senso etico ne ha ancora un doppio politico, in quanto si presenta da un lato lo stato come un tutto, e dall'altro i sudditi come liberi. Il valore di questi due concetti è sentito comunemente nel loro contrasto. Nè lo stato nè i sudditi devono essere considerati come servi e schiavi. Uno stato divien servo, quando all'estero e all'interno cede ad un potere illegale; all'estero, se viene sottomesso, e all'interno se il suo governo diviene debole, e abbandona sè stesso e le leggi. La forza dello stato è quindi la base della libertà; e soltanto quella costituzione è libera, la quale contiene in sè sufficiente forza di resistenza contro gli attentati di forze illegali. Nell'altro senso un popolo chiamasi libero, quando non sentesi servo nè materiale proprietà di alcuno, ma padrone e signore di sè stesso. La libertà non ha il suo con-

Digitized by Google

trapposto nel servire ; perciocchè nel Medio Evo , per esempio, i più liberi erano gli uomini che servivano (Dienstmannen) il signore, e la vera libertà scrive sul suo scudo la cavalleresca parola « io servo ». La libertà trova molto meno nel dovere di suddito un contrapposto incompatibile.Già secondo l' idea degli antichi (*Aristot. Polit.* I, 12) il reame è una signoria su liberi, basata sull'amore, sul rispetto e sul meglio dei sudditi. Soltanto il dispotismo domina sovra schiavi, ed ha da questo il suo nome.

Egli è vero che fin dall'antichità la democrazia si attribuisce la libertà nel senso più nobile, e come Aristotile dichiara (*Polit.* VI, 2), i cittadini delle democrazie pongono la libertà particolarmente in due cose , primieramente nel governare ed essere governati a vicenda , essere sovrano e suddito , in guisa che l'avvicendarsi appiana la disuguaglianza, e con ciò tutti divengono eguali tra loro; secondariamente nel vivere ciascuno a proprio piacimento, essendo proprio dello schiavo di non vivere come a lui piace. Queste due cose però debbono avere i loro limiti, se non vuolsi che la costituzione si trasformi in uno stato pessimo. La vocazione e le qualità adatte a governare debbono essere la norma del cangiamento negli uffici , e le leggi razionali la norma dell' individuale beneplacito. La democrazia si attribuisce il nome privilegiato di stato libero, perchè non ha un capo permanente, e quindi apparentemente non ha un padrone; nel fatto però essa ha molte teste e quindi anche molti padroni. Essa nudre l'idea di essere uno stato libero, perchè il popolo è quello che decide , e quindi la legge non viene imposta a nessuno, perchè ognuno se la dà per propria volontà. Ma la maggioranza che decide ha a sè d' accanto una minoranza che resiste, la quale spesso è molto considerevole e non di rado anche la parte più intelligente. Laonde se soltanto quello stato è libero,in cui le leggi sono approvate da ciascuno, la democrazia sarebbe rispetto a questa minoranza un vero dispotismo.

Egli è un falso concetto il ritenere, che nella monarchia sia la volontà privata del principe anzicchè la volontà pubblica che decida, e che quindi la monarchia , ad eccezione della rappresentativa, sia un governo illiberale. Fino a tanto che la monar-

Digitized by Google

chia è un'autorità legittima e non usurpata, e fino a che ella ha di mira nella legislazione e nel governo non già il proprio vantaggio ma quello del tutto; quella volontà è volontà pubblica e non privata, ed in essa vien garentita la libertà dei sudditi, la quale secondo il suo contenuto etico in ogni stato consiste nel lasciare libero campo alla moralità individuale entro le linee che la giusta legge prescrive. In certi stati tali limiti sono più stretti e in certi altri più larghi, in questi il beneplacito degli individui è più ampio che in quelli, e quindi avvi maggior libertà che nei primi. Nondimeno a ben determinare la libertà esistente in uno stato, è necessario aver riguardo ai rapporti peculiari della storia, della geografia e persino del momento. La libertà dello stato, come la libertà degl'individui, ha sempre la sua stregua nella forza dello stato. Fino a che colla libertà degl'individui la forza del tutto si accresce, l'una e l'altra procedono bene; ma quando però per la crescente libertà degl' individui la forza del tutto decresce, la libertà travia in libertinaggio, e indebolisce o distrugge la base su cui ella poggia. In ogni organismo il tutto precede le parti, e le parti debbono essere forza del tutto e il tutto delle parti. Quando, per esempio, nell'antica Polonia l'autorità regia era ristretta dai *pacta conventa*, la dieta dal *liberum veto*, e l'unità del tutto era minacciata dal diritto delle confederazioni; i *pacta conventa*, il *liberum veto* e le confederazioni erano bensì libertà individuali, ma il libero stato si perdè in tali libertà. Ciò che in esso mancava era la giusta e severa proporzione tra la libertà degl'individui e la forza del tutto. Il così detto *Vereinsrecht* (dritto di associazione), che può estendersi fino ad organizzare le parti in una forza pericolosa allo stato e alla coscienza pubblica, se è preteso illimitatamente, appartiene ad una libertà equivoca. Nella monarchia, finchè essa governa pel bene del tutto, la nazione non cessa di essere padrona di sè medesima, perchè vi regna un principe; perciocchè il principe le appartiene, ed è la sua miglior parte.

Ann. Già Aristotile (*Polit.* V, 9. pag. 1310 a 34) biasima il falso concetto della libertà: « vivere secondo la costituzione non devesi riguardare come servilismo, ma come salute ».

Digitized by Google

Kant nella sua opera *Zum ewigen Frieden* 1795 (Nuov. Ediz. 1796 pag. 24 e seg.) ha distinto dalle tre forme politiche (Autocrazia, Aristocrazia e Democrazia) la forma del governo (*forma regiminis*), la quale riguarda il modo inerente alla costituzione con cui lo stato fa uso del suo pieno potere (l'atto della volontà universale per la quale una moltitudine diventa popolo), e lo designa come repubblicano o dispotico. Il repubblicanismo, dic'egli, è quel principio dello stato in cui il potere esecutivo (governo) è distinto dal legislativo; il despotismo l'esecuzione arbitraria da parte dello stato di leggi date da lui stesso, per cui la volontà pubblica è trattata dal principe come se fosse sua volontà privata. Tra queste tre forme politiche, soggiunge Kant, la democrazia nel vero senso della parola è necessariamente un dispotismo, perchè fonda un potere esecutivo, in cui tutti decidono al di sopra e talvolta anche contro di uno, che non concorda cogli altri, quindi tutti che pur non son tutti, lo che è una contraddizione della volontà universale con sè stessa e con la libertà. Ogni forma di governo cioè, che non sia rappresentativa, essere propriamente informe, perchè il legislatore non può essere contemporaneamente e nella stessa persona esecutore della sua volontà. Questo repubblicanismo immaginato da Kant, che egli richiede in ogni costituzione, sia autocratica, che aristocratica o democratica e che egli chiama la sola costituzione perfettamente legale, mena ad una divisione dei poteri, che dissolve l'indivisibile loro unità, fa del potere esecutivo uno strumento meccanico del legislativo e non evita il difetto che Kant rileva nella democrazia. La costituzione rappresentativa, la quale deve assicurare la volontà razionale e durevole delle leggi ed educare il popolo alla coscienza del diritto, ha la sua ragione altrove, che non nell'atto formale, che una volta o l'altra si fosse compiuto, e mercè il quale la moltitudine è divenuta nazione.

§ 213. Istoricamente noi riscontriamo la monarchia come la prima forma dello stato, sia che questo si sviluppi dalla famiglia in via pacifica e che il capo di famiglia assuma le funzioni di un principe, sia che il condottiero, mercè la conquista divenga re: così, ad esempio, anche in Sparta il re è inteso da Aristotile come un condottiero a vita ed ereditario.

La democrazia per lo contrario è una forma secondaria e secondogenita, sia che per movimenti interni il potere regio venga

Digitized by Google

infranto e distrutto, sia che dei colonisti, che partono da uno stato storico uniti tra loro con diritti eguali, tendano ad una forma democratica, come sono ad esempio gli stati liberi dell'America del Nord, i quali traggono origine dalla colonnizzazione. Resta a vedere, se la forma posteriore e derivata, la democrazia, sia la più sviluppata nel senso, che lo sviluppo di tutti gli stati meni da ultimo alla democrazia, o se viceversa le democrazie debbano tornare alla monarchia, — a meno che ambo le forme, egualmente buone o egualmente cattive, non rimangono entrambe l'una accanto dell'altra. In questa questione di pura considerazione politica ricordiamoci che la base delle costituzioni è l'equo ordinamento dei poteri (§ 205),e che quindi non può parlarsi di un ideale, che possa trasformare la democrazia in regno o il regno in democrazia. Monarchia e democrazia seguono,come forme legittime fondamentali, lo scopo etico pel quale esistono, e cercano di rappresentare quella speciale grandezza, di cui ciascuna secondo la sua origine è capace. La democrazia cercherà quindi di elevare il sentimento di sè stessa a virtù generale dei cittadini, cercherà di formare uomini di stato popolari, d'innalzare gli uomini migliori alla testa di tutti gli affari, di eccitare lo zelo delle forze più eminenti pel bene della patria; laddove la monarchia cercherà precipuamente quel perfezionamento dello stato personale, quella durevole unità della sua volontà individuale, quella storica continuità di sviluppo che non può ottenersi dalle frequenti elezioni, dai brevi uffici della democrazia e dagli uomini di uno stato libero elevati soltanto temporaneamente. Entrambe queste forme costituzionali hanno un triste avvenire, se abbandonano l'etico sentiero. Se la monarchia illimitata non trova un contrappeso nè nel carattere del principe, nè nel carattere della nazione, essa traligna in dispotismo e tirannide, e la tirannide si converte mercè la rivoluzione in oclocrazia. Viceversa la democrazia si converte in oclocrazia, quando fa difetto la virtù dei cittadini, e da questa passa a tirannide. Solo nella conservazione dell'idea etica, che sta a base di ogni costituzione, vi ha durata.

Però non può rimanere inosservato, quali speciali prerogative abbia avuto il regno originario e specialmente l'*ereditа-*

Digitized by Google

rio per riaffermare il diritto nell'idea etica. La monarchia elettiva, la quale sorge dove manca una preclara dinastia, crede di sostituire al cieco caso della nascita, la quale potrebbe chiamare alla dignità regia anche chi ne fosse incapace od indegno, l'idea più elevata di una ponderata elezione, mercè la quale si trovi il miglior uomo pel più alto e pel migliore dei poteri. Nella pratica però la storia dimostra, come già in Polonia o nell'impero germanico, che coll'idea della cosa si manifesta in continua lotta l'egoismo degli elettori, al quale, poichè trattasi della suprema dignità, non àvvi un potere più elevato, che ponga un limite. Libidine di regno e ambizione guadagnano terreno pel loro giuoco, e le elezioni dubbie menano a guerre indestine. Il re, la cui essenza sta nel porsi al di sopra dei partiti, avendo dai partiti la sua origine, rimane da essi dipendente; e quindi la sua origine sta in contraddizione col suo compito. L'interregno, quasi inevitabile nei sistemi elettivi, indebolisce lo stato, come avviene persino nelle democrazie, per esempio nell'America del Nord, in cui il periodo dell'elezione del presidente è un periodo d'incaglio per gli affari del governo. Nel corso dei secoli la monarchia elettiva mena dritto alla dissoluzione anche gl'imperi più possenti.

La vita storica degli stati — la loro floridezza e durata — cerca un legame più saldo nelle leggi psicologiche, che essa eleva ed attua eticamente. La monarchia ereditaria riposa su di un grande pensiero universale, sull'identità nella personalità dello stato, sul naturale amore pel figlio, sull'istinto di continuare la propria dignità e la propria vita nell'erede naturale, sullo spirito solidale della famiglia che riposa sull'associazione naturale delle idee, come si manifesta nel sentimento dell'onore e dell'onta di famiglia, e sull'inclinazione del popolo, che basandosi sulla medesima associazione d'idee, sente nel figlio il prestigio del padre. Il principio ereditario della monarchia trae origine dal principio della propria conservazione, ma ha durata per la conservazione del tutto, in cui scomparisce la sua origine accidentale, e il dritto viene fondato eticamente. Se la forza è il primo e l'ultimo elemento su cui lo stato poggia nel suo sviluppo etico, l'incolume continuazione del suo potere è certa-

Digitized by Google

mente una condizione della sua esistenza. Il regno ereditario non lascia nella catena del potere, che deve passare di generazione in generazione in continue anella, alcuna lacuna, in cui potrebbero introdursi estranee forze dissipatrici e dissolventi.

Non nato da verun partito, nè in verun partito immischiandosi, il re ereditario, superiore a tutti i partiti, è per sè stesso il vero rappresentante del tutto. Quando nelle democrazie i partiti sono in contrasto, l'uno opprime l'altro sia per la legge della maggioranza dei voti, sia, quando ciò non è più riconosciuto, per la forza materiale. In fondo alla lotta di partito sta nella democrazia la guerra civile. Il principe ereditario per lo contrario è nella lotta dei partiti il conservatore naturale del diritto; perciocchè non innalzato da veruno partito, egli non ha bisogno di avere dei riguardi, o di favorire alcuno, tranne che il dritto. Esso ha soltanto dal tutto, che è prima delle parti, insieme al dovere anche il suo diritto e la sua forza. Mentre ad ogni altro della nazione e dello stato, ad ogni altra classe e ad ogni altro individuo importa più la parte in cui esso è basato alla sua vita ed attività, e mentre da questa parte scaturiscono col movimento dei desideri individuali le rappresentazioni più vive, più chiare e più fervide, sicchè riesce difficile e spesso impossibile di comprendere le altre parti che stanno a lato e meno ancora il tutto: il re di nascita cresce coi pensieri e coi sentimenti che emanano dal tutto. Egli comprende e appoggia le rappresentazioni delle parti, e le corregge nel tutto; sentendo con esse, egli sente pel tutto. Dalla regia considerazione delle cose (che è una considerazione derivante dal centro e non dai punti della circonferenza, e che soltanto il re di nascita può avere con pieno sentimento) nasce rispetto alle cose e agli uomini quell' arte regia, che nelle nobili dinastie principesche si eredita come un segreto, e che sentita nel popolo come un principio più elevato, anima ciascuno al suo posto e nei propri affari, e tratta le cose con grandezza e coraggio. Contrariamente a questo sguardo che mira dinnanzi e d' intorno, contrariamente a questa volontà e a questa intelligenza centrale del tutto, che si racchiude nel concetto del regno, la dottrina democratica parte da ciò chè è più prossimo

Digitized by Google

a ciascun'individuo, e sotto questo aspetto sono caratteristiche le parole di Washington: essere un difetto della forma democratica, e forse non il minore, che il popolo debba sempre sentire prima che si decida a vedere (Lettera dell' 8 marzo 1787 1). Se tutti i concetti etici derivano dal tutto, che si sa nelle parti e le parti in lui, e il principe soltanto ha innanzi ai suoi sguardi il tutto comune; il re di nascita, abituato fin dall' infanzia al tutto e nel tutto, è sostegno e protezione degl'etici concetti; e la parola di Giovanni II di Francia (?), ripetuta da Federico il Grande, ha un profondo significato: « se fede e verità sparissero dal mondo, dovrebbesi cercarne l'orma fra i principi ».Il re è e rimane legge veggente, e ad onta di tutti le artificiali istituzioni costituzionali il suo compito cavalleresco rimane quale l'imperatore Ludovico il Pio 2) designò l'ufficio degl' imperatori e dei principi: dover esso servire a proteggere la chiesa, e a conservare la pace e la giustizia. Il re veramente grande è ben sicuro che ciò che giova al tutto, giova anche a lui, e che ciò che veramente giova a lui, giova anche al tutto. In tal modo la grandezza etica del regno diviene più facile al re ereditario, e il suo significato universale in lui cresce come l'anima dei suoi pensieri. Alla casa ereditaria del principe si collega una storia, come già in Omero al paterno e non mai distruttibile scettro del re; e il popolo vede volentieri in lui la sua propria istoria; egli vede l'unità dello stato come vivente nella dinastia reale ereditaria, senza di cui assai difficilmente ei saprebbe comprenderla; la patria, che considerata democraticamente, rimane un'idea astratta, nel re diviene personale; e nel re ereditario il popolo non scorge soltanto la patria nel presente, ma altresì nel movimento dal passato all'avvenire.L'amore e la fede nella patria,il rispetto alle leggi, che in ogni forma di costituzione è una esigenza etica, ha nella monarchia ereditaria (nella quale principe e popolo non hanno che una sola storia) i suoi buoni e cattivi

---

1) Blunschli, *allgemeines Staatsrecht* 2. Ediz. 1857. I. pag. 287.

2) 825 nel Capitolario di Aquisgrana « *capitula haec vere fundamenta juris publici* » Pertz nei *monument, Germ.* III, 1. pag. 212 e seg.

Digitized by Google

giorni; ogni sconfitta o vittoria viene da entrambi divisa, come se formassero una sola persona. La dinastia popolare accoppia l'ordinamento astratto dello stato al vivo sentimento del popolo, e passando di generazione in generazione nella coscienza di questo, procaccia allo stato durata e solidità. La pietà verso la casa principesca è momento di moralità individuale, che nobilita il suddito e contribuisce a conservare eticamente il tutto.

Ora se l'idea della personalità, che compenetra lo stato e si continua, trova la sua realizzazione nel diritto ereditario del principe, il quale racchiude in sè anzi tutto la tendenza egoistica di conservare il potere, ed è una forma del diritto privato; egli è interessante a vedere nella storia del diritto, come lo scopo dello stato, che il diritto deve garentire, separa a poco a poco dal dritto di eredità, non sempre senza lotta, gli elementi che si oppongono allo stato, e vi rafferma per lo contrario quale diritto pubblico ciò che corrisponde alla sua conservazione. Mentre nel diritto privato i beni ereditari si dividono tra gli eredi; lo stato all'opposto non forma un bene divisibile come il suolo su cui il popolo vive, ma è indivisibile come una persona,con cui viene identificato il popolo. Laonde quando paese e popolo sono giunti a costituire l'unità di un regno, contraddice allo scopo interno e all'idea della cosa di dividerlo per eredità; e quando in un tal caso ciò pur succede, ei bisogna ritenere che l'essenza dello stato non è ancor riconosciuta. Adunque il principe non può istituire e destituire l'erede del trono, od imporre a piacere un tutore, o rinunziare all'eredità in nome dei figli. Mercè l'intelligenza di grandi principi e le crisi dello sviluppo politico si è formata questa distinzione fra il diritto privato dei principi e il diritto pubblico; e in mezzo alla collisione d'egoistici interessi il diritto cammina vittorioso verso il suo scopo anche in questo difficilissimo e delicatissimo rapporto, per garentire nella continua personalità dello stato le condizioni mercè le quali soltanto esso può completarsi eticamente ed in conformità del suo concetto interno.

Dove l'idea è così elevata e il potere così grande, come nel regno ereditario, ivi la caduta è più precipitosa e fatale. Sto-

Digitized by Google

ricamente il regno tralignò in dispotismo, quando gl' interessi della casa reale furono anteposti al bene dello stato, o quando favori cortigiani e signoria di donne trionfarono sulla maschia dignità del governo.

La rappresentanza popolare è diretta contro l' abuso del potere; essa cerca di prevenire e limitare lo scoppio del male mediante la sua elevata considerazione e mediante la sua cura, acchè la pubblica opinione sia etica, equa l' amministrazione dello stato e giusta la ripartizione delle imposte. Quanto più essa si mantiene nel diritto ed è animata dallo spirito etico del popolo, tanto più rigorosamente sarà un contrappeso morale contro l' arbitrio del potere.

§ 214. Se ad onta di tutte le garenzie che ogni forma politica deve contenere contro l' abuso della forza, questa nondimeno s'impone alla ragione; se i mezzi pacifici contro il potere illegale si sono inutilmente esauriti, e inutilmente si è invocata la forza della pubblica opinione e la mediazione dei tribunali; allora nasce il pericolo che alla violenza sia opposta la violenza, e sorge la quistione, se agl'individui spetti il diritto della fisica resistenza. Questa questione è come una spada a due tagli. Perciocchè se si risponde affermativamente, si va dritto alla guerra indestina, mercè la quale si distrugge lo stato; e se negativamente, si lascia mano libera alla forza illegale, e si toglie ogni ostacolo all'oppressione. In entrambi i casi il diritto è distrutto; perciocchè o l'individuo si fa giudice della propria causa, e lo si eccita a farsi ragione da sè, in opposizione a ciò che insegna il diritto, ovvero all' infrazione del dritto non si oppone che uno stato d'impotenza. Questo dilemma è inevitabile alla politica riflessione, ed entrambe le risposte hanno un egual peso.

Intanto in tempi di oppressione a poco a poco col sentimento dell'ingiustizia si accresce anche l'idea della necessaria opposizione, finchè da ultimo ne segue uno scoppio, simile all'eruzione di un vulcano. Ciò avviene per leggi psicologiche, le quali agiscono tanto più fortemente sugli animi, in quanto si frammette un'apparenza etica, che si contiene nell'opposizione che si fa all'ingiustizia. E nondimeno egli è chiaro, che non vi è un dritto

Digitized by Google

di resistenza protetto dallo stato, come altri dritti individuali, per esempio, il diritto d'incolpata tutela. Ogni dritto tende a ritenere la resistenza come ingiustizia; poichè se divenisse diritto, più non esisterebbe quel diritto che garentisce le condizioni del principio etico, e subentrerebbe lo stato di necessità, in cui ciascuno si poggia sulla propria forza e sulla propria difesa. Quest'estremo limite — il limite dove si dispera di un diritto comune — non si può determinare teoreticamente. Egli è chiaro però che verun'azione individuale, niuno individuale avvenimento, nulla di ciò che accade all'individuo come individuo proscioglie dall'obbedienza o giustifica la resistenza. Il diritto di resistenza che venisse accordato all'individuo, conterrebbe una contraddizione col diritto stesso, la cui essenza si è di rendersi indipendente dal giudizio degl'individui. Qualora si ammettesse un diritto di resistenza materiale, ei bisognerebbe che i tribunali lo riconoscessero e lo dichiarassero impunibile: ma ciò è un controsenso, quando i tribunali sono forti a bastanza per far rispettare le leggi dello stato. Ma se nondimento in alcune costituzioni è stato ammesso il diritto o il dovere della resistenza contro l'uso illegale dell'autorità; una tale disposizione manifesta che esso ebbe origine da guerra indestina. Il dritto di resistenza mette la guerra indestina a custode della costituzione, e manifesta diffidenza nella propria giustizia.

Ann. Ai tempi di Giacomo II re d'Inghilterra, come già ai tempi della Riforma in Germania, la questione sulla resistenza all'abuso di forza dell'autorità fu trattata non senza una teologica severità, e teoricamente non fu trovata una soluzione razionale a tale bivio (Conf. Macaulay *the history of England from the accession of James the second* cap. 9). Nel pro e contro si spacciavano le impressioni del momento. Quando l'autorità ha realmente abbandonato l'etico sentiero, e nessun mezzo pacifico vale a ricondurla su quello, ei sarà impossibile di far perdurare nei sudditi l'opinione di essere governati da un'autorità etica. La storia ce ne dà sufficienti esempi, che possono servire di avvertimento; e l'incerta teoria sulla giustizia od ingiustizia della resistenza cede impotente innanzi alla forza degli avvenimenti.

§ 215. In opposizione alla riforma che sviluppa e apporta

Digitized by Google

cambiamenti, ma che si mantiene entro i limiti del diritto formale (§ 49), intendesi per **Rivoluzione** un cambiamento violento della costituzione e dello stato giuridico. La storia ci presenta varie specie di rivoluzioni; alcune, per esempio, derivate da una violenta reazione contro la pressione universalmente sentita, altre dall'offeso diritto di individui, altre finalmente da sollevazioni e congiure. Nello stato legale la rivoluzione, se vogliamo tradurla coll'idea di ciò che avviene nello stato considerato come uomo in grande, è una ribellione degli appetiti contro la volontà. In fondo ad ogni rivoluzione si racchiude un'ingiustizia, ora nel governo o nel popolo ora in entrambi. Ogni rivoluzione è una sconoscenza dell'idea fondamentale dello stato; perciocchè la parte pretende di essere anteposta al tutto, e il diritto razionale si cambia nel diritto del più forte. Poichè lo stato è la condizione della realizzazione di ogni dritto; così esso è assolutamente inviolabile, e la legge deve proteggerlo, se ha a cuore che il dritto venga anzi tutto protetto.

Ogni rivoluzione è uno sconvolgimento dello stato. Essa può incominciare sotto l'apparenza di sollevarsi soltanto contro di una parte; ma finirà di fatto con sollevarsi contro il tutto. Niuno ha la forza di impedire, che la guerra contro una parte diventi guerra tra tutti e contro il tutto. La rivoluzione scuote il rispetto dell'autorità e la sicurezza del diritto, e ferisce quindi profondamente le idee etiche del popolo. Essa interrompe la continuità dello sviluppo, e spezza le radici del diritto, che hanno la loro forza nella storia. Nella rivoluzione, che segue non impedita il suo impulso, si presenta la mostruosità dell'uomo sfrenato della natura. La ragione universale è soverchiata dalle eccitate forze delle passioni, e la passione, che non ascolta che sè stessa, si stima ragione, e rompe la misura etica, che essa non determina che passionatamente. I sentimenti etici, che legavano a tutto ciò che vi era di vecchio, vengono distrutti dalla irrisione, l'obbedienza vien chiamata servaggio e la moderazione viltà; mentre per l'opposto si chiama libertà l'oltracotanza ed eroismo i delitti contro l'ordine umano e divino. Soltanto mercè una tale apparenza, soltanto mercè siffatti fantasmi etici della sofistica passione può sostenersi tale ingiusti-

Digitized by Google

zia dinnanzi a sè e agli altri. La guerra indestina è la più orribile di tutte; mentre la guerra esterna si fa per questioni generali di potestà e di diritto, la indestina si nudre delle peggiori passioni degli individui. Il bruto nell' uomo non è che incatenato, di rado addomesticato. Nella rivoluzione il bruto, che era legato, si scatena e rugge; quello che era dimesticato inferocisce, e i fantasmi divengono eccitamento di furore.

A queste conseguenze etiche vanno unite anche le civili. Quando il diritto esce di carreggiata, lo scambio delle forze, che produce il benessere, si arresta. Manca la confidenza, e ciascuno è per sè isolatamente; la paura paralizza le intraprese, nè più v'è richiesta di lavoro. Tra i lavori quelli ci soffrono per primi, che alla stregua dei bisogni della vita più si avvicinano al superfluo; i lavori lussuosi dapprima, indi le arti, infine le scienze istesse. E intanto la povertà, che rende procace, aumenta la confusione.

Finalmente la guerra indestina richiede che la pace si concluda mercè nuove leggi e costituzioni. Ma la passione, sazia di distruzioni, non edifica che per la giornata, e la volontà, che erige un nuovo diritto sulle rovine dell'antico, non è adatta a fondare un dritto durevole per l'avvenire. Le assemblee legislative rivoluzionarie, in cui la responsabilità è divisa e la passione reciprocamente invigorita, divengono persino più sbrigliate di un dispotismo individuale. Il vincitore nelle guerre indestine ben di rado ha le orecchie aperte pel diritto della minoranza combattuta; qual premio della vittoria egli si attribuisce privilegi e vantaggi, che già contengono la materia di futuri dissensi. Nei giorni di rivoluzioni sono i più malcontenti che hanno la prima parola; uomini pregiudicati cercano di passare per onorati; avventurieri pescano nel torbido; semplici dilettanti di politica e talvolta egoistici partigiani giungono al timone; e si tentano nello stato e nelle leggi nuovi progetti ed esperimenti. Quindi le leggi che i partiti mettono insieme spesso non esprimono che una tregua, e il diritto nato dalla rivoluzione si acquista non di rado per errori più grandi di quelli che si sono combattuti; onde avviene che la trasformazione ottenuta racchiude in sè il germe di una nuova rivoluzione. Tribunali ec-

Digitized by Google

cezionali, che sono per lo più tribunali del partito e pel partito dominante e che in procedure sommarie mettono il sospetto in luogo del convincimento, scuotono quanto più durano tanto maggiormente la fiducia in una giustizia imparziale. Il contaggio dell' immoralità sempreppiù si dilata, ed occorre un uomo ben forte per tagliare il guasto e porre un termine al morbo.

Similmente alla guerra, la quale per se stessa non vien richiesta da nessun uomo ragionevole, anche le rivoluzioni possono apportare seco del bene, ma soltanto accessoriamente e per conseguenze indirette, eccitando nuove forze e producendo grandi caratteri. La storia però non può encomiare coloro che provocano le rivoluzioni, ma soltanto quelli che nelle rivoluzioni inevitabili o inevitate scongiurano la bufera, conservano il diritto, edificano in mezzo alle rovine, ed elevano con maggiore solidità e giustizia lo stato rovesciato.

Ann. Platone nell' VIII e nel IX libro del suo Stato ha rappresentato le rivoluzioni politiche e il progressivo tralignamento della costituzione come derivanti dalla necessità psicologica, che esercita la sua forza, quando l' ordine originario e giusto delle classi, corrispondente all'ordine armonico delle facoltà psichiche, è sturbato dall'irrompente egoismo, e quando per uno sconvolgimento del giusto rapporto a poco a poco giungono al dominio quegli elementi che meno sono destinati a dominare. Secondo lui la migliore costituzione trovasi colà soltanto, dove i vari ceti esistenti nell' uomo in grande, che è lo stato, rappresentano l'armonia delle facoltà psichiche, e l'intelligenza della classe governante ha in suo aiuto quella parte zelante dell'anima che si sviluppa nella classe guerriera, e con ciò tenga nella necessaria subordinazione quella parte appetitiva che nello stato si manifesta nella classe industriale. Nella timocrazia, come la intende Platone, predomina l'ambizione della classe guerriera, nel tutto e nei singoli quell' orgogliosa potestà, la quale, messa in luogo della ragione, racchiude in sè qualcosa di nobile, quando prende le armi in pro' della ragione. Se poi nella timocrazia, governo poggiato sugli onori, viene a predominare la ricchezza, sorge subito l'oligarchia, che è la signoria dell' oro, nella quale invece dell' ambizione dei guerrieri sta al timone l' avidità dell' industriale, comprendendo come forza del tutto la sola parte appetitiva dell' anima. Gli uomini da ambiziosi si sono cangiati in

Digitized by Google

avari. Il rapporto tra la virtù e la ricchezza è sempre tale, come se ciascuna di esse si trovasse sopra una delle bilance e traboccasse facendo salire l'altra. Fra i ricchi e i poveri nasce una divisione come se fossero due stati. La moltitudine, spinta dalla povertà alla ribellione, aspira all'eguaglianza dei diritti, e fonda la democrazia, il dominio della massa (oclocrazia secondo l'espressione di Polibio) « costituzione instabile e senza governo, e pur lusinghiera, perchè accorda uguaglianza fra uguali e disuguali ». In essa predominano con massima confusione le sfrenate e volubili passioni. Gli appetiti occupano l'acropoli dell'anima, quando si accorgono che essa è vuota di scienze e di rette idee, le quali sono i migliori custodi e guardiani dei pensieri di uomini timorati di Dio. L'uguaglianza che riduce tutto ad un solo livello è per sè stessa ingiusta; e la libertà mena alla schiavitù, la democrazia alla tirannide. Il popolo eleva il potere di un individuo per frenare l'abuso della sfrenata libertà; ma quell'individuo, qual parricida, incatena poi il popolo, il quale fu il padre del suo potere. Della tirannide avviene come della passione, in cui un appetito chiama gli altri, obbligandoli dispoticamente a seguirlo. L'anima dominata da tirannica passione non fa mai ciò che vuole, e spronata e sospinta fra la confusione e l'eterno pentimento è l'opposto dell'anima che si regge da sovrana.

In questa esposizione, in cui la timocrazia spinge all'oligarchia, l'oligarchia alla democrazia e la democrazia alla tirannide, il difetto inerente alla precedente costituzione pare che dia un'apparenza di diritto alla seguente, la quale però riesce anche peggiore. In tal modo Platone specchia la politica nell'etica, e nella derivazione psicologica del tralignamento, il quale considerato politicamente può nondimeno non soddisfare del tutto, egli presenta i vari stadi delle costituzioni con tanta vivacità e con tale verità, che esse hanno trovato la loro viva imagine in tutte le rivoluzioni del mondo. Ciò che Platone ammette come origine, da cui in prosieguo deriva il tralignamento, quell'aristocrazia filosofica che ad onta della nobile intenzione contiene delle impossibilità etiche, come ad esempio quel disperato espediente della comunanza di famiglie e di beni per distruggere l'egoismo, non è cosa data istoricamente, nè per sè stessa immaginabile, e sotto questo rapporto l'esposizione dei vari cangiamenti delle costituzioni soffre necessariamente, perchè parte da un punto così falso. Se però in luogo di questa finzione noi fondiamo un altro principio, una costituzione che eticamente sod-

Digitized by Google

disfaccia, quale la storia stessa ci mostra in grandi esempi, per esempio un vero reame; avremo una verità nei successivi movimenti. Incominciando dall'egoismo, esse progrediscono sopra di un piano inclinato attraverso costituzioni sempre peggiori fino a che giungono alla tirannide, la quale nondimeno appare alla fine come un mezzo di salvamento, siccome la storia ha più d'una volta dimostrato. Aristotile in verità notò moltissimi altri passaggi fra una costituzione e l'altra, e perciò stimò l'esposizione di Platone imperfetta e politicamente inesatta (*Polit.* V, 12). Ma ciò non fa nulla: il profondo concetto etico si è avverato nei tratti fondamentali di Platone. Roma, per esempio, come l'introduzione di Sallustio alla guerra catilinaria lo dimostra con parole che quasi ricordano Platone (conf. *Catil.* cap. X al principio) percorse la medesima via di interno traviamento; e la Francia in due brevi periodi ha riprodotti i medesimi passaggi e le medesime costituzioni, che già furono designate da Platone or son più che venti secoli. E da ciò si rileva quanta ragione ebbe il filosofo apriorista, quando insegnò che la politica è da considerarsi dal punto di vista psicologico ed etico; perciocchè questo fondamento delle cose politiche si riprodurrà, semprecchè l'uomo porgerà il materiale alla storia. Se Platone vede in ogni rivoluzione il germe di una nuova, la quale produce sempre una costituzione peggiore della esistente; il sagace Macchiavelli, che nella politica si cura poco del principio etico, si accorda con Platone, quando nel suo Principe (c. 2.) dice ammonendo: « un mutamento dello stato lascia sempre i ruderi per costruirne un' altro ».

Aristotile nel V libro della Politica ha trattato il cangiamento degli stati quasi a maniera di Tucidide, cioè come un fatto, le cui cause prossime non fossero da ricercarsi, come fa Platone, in una considerazione psicologica universale. Egli ha notato nella materia delle rivoluzioni politiche della Grecia il principio universale che si è manifestato nella storia moderna, sebbene in questa agissero anche altre e più profonde molle che l'antichità non ancora conosceva, per esempio i moventi religiosi, come nella guerra d' indipendenza dei Paesi Bassi e nella Rivoluzione Inglese. Aristotile designa come tratto fondamentale di tutte le rivoluzioni la tendenza o verso l' eguaglianza o verso l' ineguaglianza. Quando tendono ad avere eguali dritti coloro che si ritengono per eguali senza esserlo, o che lo sono di fatti senz'avere dritti eguali, ovvero quando tendono ad avere dritti diseguali coloro che sono eguali, ma vogliono prece-

Digitized by Google

denze; allora nasce una lotta intestina (V, 1). Quando il potere nella nazione passa in mani differenti, ciò trae facilmente dietro di sè un mutamento di costituzione (V, 4). Occasione al movimento danno le umane passioni dell'aroganza, del disprezzo, della paura, degl'intrighi ambiziosi e dell'invidia (V, 2). Soltanto quando nello stato domina come principio di giustizia il principio proporzionale (conf. § 51), la rivoluzione politica viene evitata; e il principio di giustizia che misura l'eguaglianza soltanto secondo il valore interno, è il solo che dà durata alla costituzione (V, 1. V, 7). Ciò che unisce, conserva lo stato, per esempio l'unità d'origine del popolo (ὁμοφυλία), ma nulla più unisce della giustizia, e in particolare della giustizia verso coloro che nella costituzione non sono privilegiati. Aristotile ammonisce a non trascurare i piccoli e lievi cangiamenti della costituzione e il loro graduato progresso. Nel ceto medio egli scorge una forza conservatrice, a cui esorta di dare maggior solidità (V, 8). Il ceto medio è quello che più facilmente segue la ragione; perciocchè i molto ricchi divengono oltracotanti ed inetti alle grandi cose, e i troppo poveri malvagi ed inetti anche nelle cose piccole; quelli non vogliono obbedire a veruna autorità, e questi sono inabili a governare; come quelli facilmente despoti, divengono questi facilmente servi; e quando ciò accade, la classe dei liberi scomparisce dagli stati (IV, 11). Nei movimenti conviene poggiarsi sul ceto medio, che è il meno proclive alle rivoluzioni. Gl'impiegati specialmente debbono sentire amore per la costituzione, e avere abilità e virtù, e i cittadini debbono essere educati e abituati nel senso della costituzione esistente (V, 9). Sono adunque i mezzi morali ed etici quelli, da cui Aristotile fa dipendere la conservazione della costituzione esistente e la prevenzione alle rivoluzioni.

Infatti non vi sono altri mezzi che fossero degni e promettessero una durevolezza. Le arti macchiavelliche, che in onta al principio etico fanno calcolo sulla debolezza e sulla malvagità degli uomini, finiscono per rivolgersi contro lo stato che le esercita. La giustizia edifica la nazione e conserva lo stato. Debbono cercarsi gli elementi conservativi in ciò che promuove il benessere del popolo, in ciò che fa radicare il principio universale nell'individuale e reale, e questo particolare fa compenetrare dall'universale. A tali mezzi appartengono il facile acquisto della proprietà che si rannoda all'ordinamento giuridico, i prodotti del suolo resi abbondanti pel benessere del popolo, la possessione fondiaria che attacca al paese, tutto

Digitized by Google

ciò che forma un vincolo etico fra il popolo, la comune storia, il comune timore e la comune speranza, lo spirito del timor di Dio, il costume e le virtù familiari che preparano le virtù cittadine e politiche, l'abitudine alla semplicità dei bisogni, una costituzione corrispondente alla situazione politica e geografica della nazione, nelle monarchie il solido diritto ereditario dei principi, la popolarità della dinastia, e innanzi tutto la conservazione del principio originario su cui poggia la vita dello stato. *Imperium facile his artibus retinetur, quibus initium partum est* (Sallustio Cat. 2).

Dove queste condizioni conservatrici vengono coltivate con solerte cura, e il governo veglia senza paura; ivi non c'è minaccia di rivoluzione, e quand'anche venisse ordita una congiura, bastano le leggi penali a renderla vana.

§ 216. Le rivoluzioni, in cui il dritto e la forza che dovrebbero andare di concerto stanno in lotta fra loro, sono una continua lesione del dritto formale (§ 49), e portano la triste conseguenza d'ingenerare un'incertezza di diritto, che dura benanche per generazioni.

I partiti in lotta, che si avvicendano al potere per la vittoria, non solo sono incapaci in mezzo alle impressioni unilaterali e burrascose del momento a formare dall'antico dritto un diritto durevole per l'avvenire, ma ancora non di rado il partito che succede contende al precedente come ad autorità illegale il diritto di legislazione o il diritto di esercitare un'azione obbligatoria, e dichiara nullo ed irrito ciò che quello fece. Si può dialetticamente disputare, come già si fece nell'antichità (conf. *Arist. Polit.* III, 1), se durante una costituzione illegittima, per esempio, durante un'usurpazione, abbia agito lo stato ovvero soltanto una costituzione estranea alla sua essenza, di maniera che, quando quella sia venuta meno, nessuno possa tenersi obbligato a quello stato; puossi particolarmente disputare, se i debiti fatti da un usurpatore per conto dello stato, siano debiti dello stato. In questa quistione vengono in conflitto due scopi essenziali, i quali trovano entrambi la propria ragione; in guisa che mentre l'uno esige che si risponda affermativamente, l'altro impone che si risponda negativamente.

Da un lato la teoria, che attribuisce ad un governo rivoluzio-

Digitized by Google

nario usurpatore il diritto di legislazione e di pubblici prestiti, riconoscerebbe con ciò la situazione di fatto come legittima, e quindi toglierebbe al governo veramente legittimo il suo diritto. Chi obbedisce alle leggi dell'usurpatore, chi seco conchiude dei contratti o gli fa dei prestiti, rafforza il suo potere e gli porge i mezzi di conservarsi. Il credito che trova l'usurpatore è un credito che si toglie al governo legittimo. Riguardato da questo lato, il governo legittimo si troverà spinto a sconfessare gli atti legislativi e i contratti dell'autorità usurpatrice, e, se ristaurato, ad annullarli e a non riconoscerne le conseguenze.

Dall'altro lato sorge un'altra considerazione. Lo stato ha una vita storica, e le fasi della costituzione sono la sua propria storia. Il diritto non avrebbe dovuto mai scompagnarsi dalla forza; e se ciò avvenne, non lo fu senza sua colpa. Se ha dovuto subire delle violenze, ciò avvenne per la sua debolezza, la quale non diverrà giammai forza col non riconoscere ciò che fu obbligato a cedere nel momento della sua debolezza. L'onore del tutto storico sta nel saper ristabilire l'ordine legittimo senza sconfessare nei giorni di forza quelli di sua debolezza. Coloro che sono investiti dell'autorità legittima, sono gli organi supremi dello stato, ma non la sua sostanza; se si sono separati dalla forza del tutto, non per ciò la sostanza può arrestarsi e rimaner priva di leggi. Equità vuole, che il governo legittimo restaurato prenda ciò in considerazione. Sta nella vita storica dello stato, di garentire in ogni modo la stabilità del dritto, e quindi di abolire le leggi date dal potere di fatto soltanto nella via del diritto formale, e di non mai dare a tale abolizione una forza retroattiva (§ 49, § 185). Per ciò che riguarda gli obblighi contratti in nome dello stato dal potere di fatto, il governo legittimo, che fosse generoso abbastanza da adempirli, lungi da acquistarne debolezza, apparirebbe forte, e non farebbe che accrescere la fiducia nel suo spirito etico non che nel suo credito materiale.

In tal maniera nella soluzione della proposta quistione si attraversano due ordini di pensieri, di cui i partiti si serviranno a seconda del proprio interesse. La passione che vorrebbe dare al nemico caduto l'ultimo colpo, si appiglierà al primo, e al se-

Digitized by Google

condo chi desidera una conciliazione riparatrice. Quest' ultimo pensiero però in generale ha maggiore elevatezza. Nondimeno non è possibile decidere per tutti i casi. La giusta decisione dipenderà dal giusto apprezzamenio delle circostanze speciali. Bisognerà specialmente che si vegga, se le leggi e i contratti furono fatti dal potere usurpatore, quando stava ancora nei suoi primi tentativi, ovvero dopo che di fatto aveva a sè sottomesso il potere del tutto ed era al caso per tale forza di far valere la legge e il contratto in nome della sostanza dello stato.

§ 217. Insegna l' esperienza, che il timore della pena non è abbastanza forte per frenare la passione generale, accesa nel popolo dalle ingiustizie da tutte sentite. Non per ciò il delitto cessa di essere delitto; e il diritto deve tutelare lo stato, per quanto il possa. Contro gli avventurieri e i cospiratori, contro i traditori e i fedifraghi è rivolta la pena di lesa maestà e di alto tradimento. Il delitto contro lo stato minaccia al tempo stesso la vita e la proprietà di molti; quindi valgono per questo delitto i punti di vista che furono già rilevati nella pena comminata all'assassino (§ 70). Fin da antichi tempi la legge commina la morte ai delitti di lesa maestà e di alto tradimento. In tempi di politiche emozioni sarà bene che il delitto politico sia giudicato con maggior mitezza, perchè sembra muovere da motivi più elevati, e quindi fuori della sfera dei delitti comuni. Ma le rivoluzioni riuscite e i delitti amnistiati rendono ottuso il sentimento in rapporto ai delitti politici. Ciò nondimeno l'alto tradimento rimane pel suo concetto un assassinio della patria, e la rivoluzione eccitata un politico tentativo d'incendio. La pena, che inclinerebbe ad essere più mite per la intenzione che si annette a tale delitto, diviene all'opposto più severa per l'elevatezza degli scopi lesi (§ 66).

Digitized by Google

D. *Popoli e Stati.*

§ 218. Lo Stato è una stretta unità che tende a bastare a se stesso mercè il suo popolo e il suo paese. Fondato sulla forza, esso difende la sua volontà, e piuttosto che sottomettersi ad una volontà estranea, è sempre pronto a respingerla. In ogni forte volontà il rigore e la fierezza sono il fondamento della piacevolezza e della benignità. Nello stato che nasce dalla forza (§ 152) ciò si ripete con più grande importanza. Oltre a ciò sta nella natura di ogni personalità individuale di divenire nella lotta più consciente di se. Di quì deriva, che ne' popoli e negli stati domini prima la forza reciproca di ripulsione e poi quella di attrazione. Il cieco istinto della propria conservazione e del proprio ingrandimento, che senza freno anima le masse, spinge i popoli ad una asprezza reciproca di rapporti, avanti che ritrovino la loro vigoria nello scambio delle forze. Se lo stato à il suo corpo nel popolo e nel paese, e se i suoi mille e mille membri lo hanno in lui, esso è necessariamente sensibile ad ogni offesa, che uno dei suoi membri soffre dall'estero; e come questa sensibilità è un bel segno dello spirito unico informatore del corpo, così l' onore dello stato indipendente reclama, che reagisca contro ciascuna di quelle offese, fino a tanto che non siano riparate. La più leggiera violenza contro il tutto ed ogni attacco contro gl' individui, che gli appartengono, vien risentito dallo stato come un dubbio nella sua forza, sulla quale esso si fonda. La forza vuol essere temuta; poichè in questo timore si fonda il riconoscimento esterno, avanti che divenga etico. Quindi le guerre nel reciproco sforzo pel proprio ingrandimento sono l' origine de' rapporti tra i popoli.

L' etica (che all' interno dello stato diviene possibile da ciò, che gli uomini, tenuti ed infrenati dalla forza di un uomo in grande, commercino tra loro su di un suolo sicuro e sotto la suprema tutela della legge) può soltanto a poco a poco guadagnar terreno tra i singoli stati. Gli stati s'incontrano reciprocamente nella franca e inevitabile morale dell'uomo di natura,

Digitized by Google

la cui prima ed ultima legge è la propria conservazione, i cui affetti sono l'invidia e la gelosia, il sospetto e l'astuzia, l'ira e la vendetta, e tutto al più soltanto dopo la vittoria la compassione col debole e la generosità verso i miseri. Solo a poco a poco gli stati imparano a porre la difesa delle forze che si contrastano nello scambio delle attività, nella comunanza delle vicendevoli prestazioni, che uniscono e rafforzono ambo le parti, e a rendere stabili i loro rapporti mercè il legame degli etici concetti. Non è che più tardi, che gli stati nel progresso di questi rapporti giungono ad affermarsi come membri di una famiglia di stati, nella quale ciascuno, scopo in se e mezzo degli altri, armonizza la propria conservazione con quella altrui; e persino dove esiste un tal sistema di stati, v'hanno pur sempre al di fuori di essi degli stati, i quali sono in opposizione con questi, od hanno una tendenza contraria alla loro, perchè mossi dal desiderio del proprio ingrandimento. Nei rapporti dei popoli per conseguenza si ripete sempre la morale dell'uomo di natura, ed il gran problema è quello di fondarli nel reciproco riconoscimento e nella durevole moralità. Ciò diviene solo possibile, se ciascun popolo adempie la sua speciale opera umana sulla base delle sue proprie doti, e contribuisce colle speciali sue prestazioni alla vita di tutti, in guisa che tutti si riconoscano insieme nella loro comunanza. Ciò dunque non è altrimenti possibile, se non in quanto si compia anche quì la legge di tutto lo svolgimento etico e politico (§ 36). In quello che i popoli, partendo da se stessi, si rafforzano a vicenda; si organizza il tutto di tutti e vien trovato con ciò e rappresentato il vero completamento. La pace perpetua, che come desiderio di animi angosciati è una vana speranza, diviene invece l'espressione di una umanità organata in popoli e la meta della storia del mondo. Mentre in origine la guerra spinge i popoli fuori del loro paese e li diffonde sulla terra, la coltura li raccoglie e li stringe in un tutto. Il movimento adunque del dritto internazionale è dalla guerra permanente dei primordi alla pace perpetua dell'avvenire dei tempi. L'idea del dritto internazionale è di conservare in questo sviluppo le condizioni che rendono possibile l'avvicinarsi ad un tale immanente organamento, ad una

Digitized by Google

reciproca giustizia tra i popoli, e ciò nella misura di ciò che ciascun popolo presta a questo organamento. In tal modo anche il dritto internazionale lavora nel senso di una idea etica.

Ann. Chi nega l'idea etica nel dritto internazionale, cade nell'avviluppante macchiavellismo, che erige a sistema di stato le massime dell'uomo della natura. Macchiavelli nel suo « Principe » (1515) insegna coll'istoria e coi fatti una politica, ad ogni costo, di propria conservazione e di proprio ingrandimento, e detta delle massime per la guerra interna ed esterna. Egli insegna al suo principe di riconoscere lealtà e fede, giustizia e timor di Dio solo in quanto gli riescono utili, di esigerli pubblicamente dagli altri e d'ingannare il mondo colla sua ippocrita apparenza, ma in segreto di sottrarvisi, ove gli riuscissero dannosi. Macchiavelli presenta queste cose al principe come una debolezza, ch'egli deve evitare per se, ma esigere dagli altri. Egli insegna ad essere volpe per scorgere i lacci e tenderli, e leone per respingere i lupi (ris. Cap. 18). Egli poggia tutto sulla forza e sulla risoluta costanza nell'azione. In questo senso insegna innanzi tutto di inspirare paura, e dove ciò non è possibile, di superare i potenti nelle astuzie, e in entrambi i casi di non retrocedere innanzi a qualsiasi mezzo. In questo senso egli insegna a studiare i caratteri degli uomini, e a misurarne la moralità, acciò non si fida in loro, che per quanto la loro paura e il loro interesse glielo permettono; egli insegna a vigilare sulla diffidenza, e a togliere l'abitudine di quelle virtù che infiacchiscono, come la liberalità e la generosità. In tal modo egli riafferma nella politica lo stadio dell'uomo della natura, cui indica i mezzi per la propria conservazione e pel proprio ingrandimento.

Se Macchiavelli ricava la politica della sottile astuzia e della dispotica malignità dalla guerra dei popoli e degli stati, e per dar forza al principe la pone e la prescrive anche nello stato; fu veramente degno del giovine re Federico II, nel suo Antimacchiavelli (1740), di rappresentare il principe come l'origine dei concetti etici, e di farne il loro cavalleresco guardiano; sicchè quand'egli debbe esercitargli, non già la forza e l'astuzia gli siano il sommo mezzo, ma la giustizia all'interno e la forza all'estero. Risc. l'Autore, *Macchiavell und Antimacchiavell.* 1855. pag. 25.

§ 219. Di sopra (§ 154) furono indicate le attività che collegano i popoli, le quali per se stesse appartengono ai sin-

Digitized by Google

goli, ma si riversano nello stato. L'autarchia del popolo è limitata; essa ha bisogno di molte cose, che non può attingere dal proprio paese e coi propri mezzi: il popolo limitato ai prodotti del proprio paese, decade tanto più facilmente, quanto più sono sfavorevoli le condizioni naturali del suo paese. Il commercio quindi fin dai primordi della storia ha dischiuso i popoli, ed ha prodotto e sviluppato il sentimento, che ogni popolo ha bisogno dell'altro. Gli stranieri cessarono di essere nemici e divennero ospiti. La coltura è soltanto possibile nel reciproco commercio dei popoli; e quando non coltiva l'uomo in una sola direzione e non antepone il godimento all'attività, essa diviene l'opera propria dell'uomo di un etico valore.

In seguito i popoli scambiano i prodotti del loro paese, i frutti del suolo, le prede della caccia, i provventi del bestiame, le materie pel lavoro. Mediante questo scambio le contrade deserte della terra divengono abitabili, e la vita umana acquista ovunque salubrità e sicurezza ed in generale le condizioni di una vita intellettuale. Poichè il commercio soddisfa ai bisogni esistenti ed altri ne fa nascere, soddisfa solo a coloro che possono esercitare lo scambio, e quindi eccita e rafforza la loro attività. Le elaborazioni della materia e i prodotti dell'industria formano un secondo obbietto del commercio, il quale diventa solo possibile mediante i trovati della tecnica. Sotto entrambi questi aspetti il commercio stringe i vincoli tra popolo e popolo, e, nella stessa misura che il dritto aumenta in essi la sicurezza, cresce ora direttamente ed ora indirettamente il traffico reciproco di tutti i popoli. Quando il commercio ha per obbietto il danaro, il quale è il mezzo generale dello scambio, esso acquista una natura così universale, che sul mercato della carta dello stato prende impulso persino dalla politica, dalle condizioni interne e dagli esterni rapporti dello stesso, e le offerte e le richieste vengono regolate alla borsa secondo quelle condizioni e quei rapporti, i quali nella storia attuale del mondo esprimono il timore e la speranza delle nazioni.

Le invenzioni, in quanto appartengono all'impulso universale degli uomini di vincere in comune la natura, hanno un'importanza per tutti i popoli e si estendono oltre i limiti del singolo

Digitized by Google

stato. Esse appariscono dapprima come un prodotto del sovrano intelletto dell'uomo ed un aumento della sua forza, ma non sono estranie all' etica. Le grandi invenzioni hanno persino in loro un lato, che, giustamente inteso, è capace di accrescere tanto la moralità sociale che la individuale. Quelle intanto avranno una particolare ed alta importanza, le quali facilitano o rendono possibile in più alto grado ciò, che è proprio dell' uomo come tale.

Or se di fronte ai fenomeni eternamente variabili delle cose e alle variabili disposizioni degli uomini, l'identico è la possente impronta di ogni pensiere e il carattere dominante di ogni legge; ogni invenzione che realizza o promuove questa identità nel campo teoretico del pensiero come nel campo pratico della vita comune sarà di una incalcolabile efficacia; e se la comunanza e l'individuo sono sempre i poli di ogni principio etico; le invenzioni, che possono da un lato riaffermare la comunanza e dall' altro scindere gli uomini come singole forze ed aumentarle così separate, formeranno nuove epoche nel mondo etico. Sotto entrambi questi riguardi può essere considerata la Scrittura coi suoi perfezionamenti e colle sue diramazioni. Essa serve prima di tutto a dare validità a ciò che è identico. Essa rende stabile la parola che, parlata, è fuggevole e facilmente alterata; sicchè può essere appresa, come identica, anche dalle generazioni che si succedono nella storia, come avviene, ad esempio, per la parola della Bibbia; essa rende possibile la vita storica e le memorie della umanità, e nella comunanza della vita è condizione indispensabile della legge, che ha da essere ovunque concorde con sè stessa, e dell'inviolabilità del contratto. Oltre a ciò essa promuove la comunanza dei pensieri e delle volontà tra gli uomini delle più lontane regioni, e soltanto sua mercè questa comunanza diviene una forza motrice degli avvenimenti.

Anche l'elemento matematico conserva l'identità nelle invenzioni, misura e peso, e serve alla giustizia, la quale per sua natura racchiude in se il concetto matematico della proporzionalità. L' invenzione del danaro però ha una importanza tutta particolare, poichè sua mercè gli uomini possono unirsi o dis-

Digitized by Google

giungersi per gli scopi più disparati senza che rimanga un resto di lavoro non compensato (§ 48, § 108). Le invenzioni matematiche e meccaniche, che aumentano la precisione, rendono lo spirito preciso, e valgono a dare più esattezza alla puntualità etica. Una invenzione, come quella ad esempio dell'orologio, rende possibile un'azione sincronica delle forze, che senza di essa sarebbe impossibile, ed inoltre fa guadagnar tempo agl'individui pel compimento dell'umana attività, tempo che senza dell'orologio andrebbe perduto. Per tal modo le invenzioni possono aumentare la moralità universale e individuale. Alla stessa categoria possono ascriversi i telegrafi, i quali possono, per esempio, restringere il campo della casualità nelle imprese commerciali, escludendo o per lo meno diminuendo i variabili accidenti, che per lo passato potevano avvenire nel tempo che corre tra la commissione e l'adempimento. La combinazione, la quale, come le combinazioni di quasi tutte le invenzioni, è propria di questo grande campo tecnico, agisce in uno smisurato rapporto, rendendo più esatti e più forti i medesimi indirizzi. Per essa si accellera la coltura, e per la coltura la storia: si paragoni, ad esempio, la coltura della valle del Nilo stazionaria già da migliaia di anni coi rapporti sociali e coi cangiamenti dei tempi moderni.

Se i grandi compiti della vita sociale vengono raggiunti coll'associare materialmente le forze umane in uno stesso luogo, o, se pur divise, coll'unire i pensieri e le volontà in un medesimo indirizzo; nessuna invenzione agisce più possentemente nella storia universale di quelle, mercè le quali gli uomini, sia nella realtà, come nei mezzi del commercio, sia nell'idea, come nell'acceleramento del segno che passa di luogo in luogo, vincono lo spazio che divide e il tempo che ritarda. È notevole in questo riguardo, come quelle invenzioni che avvicinano gli uomini tra loro, e quelle che aumentano ed estendono i segni dei pensieri e delle volontà si sieno incontrate, e spesso manifestandosi quasi contemporaneamente, abbiamo agito insieme per dare una spinta alla storia del mondo. È notevole come nei tempi più antichi il primo acceleramento di cammino mercè il cavallo abbia avuto luogo parallelamente alla moltiplicazione della pa-

Digitized by Google

rola mercè la scrittura. Si cammina e si cavalca, finchè non si sa che parlare e scrivere. Contemporaneamente alla moltiplicazione della scrittura mercè la stampa s'inventano le poste, e il viaggiare in carrozza diviene più generale. Si cammina, si cavalca e si va in carrozza nello stesso tempo che si parla, si scrive e si stampa. Finalmente si inventano le strade ferrate contemporaneamente quasi ai battelli a vapore, e a poca distanza da questa invenzione s'inventa la telegrafia, la quale manda il segno del pensiero e della volontà colla forza e colla celerità della folgore. La nuova epoca ha di caratteristico che si cammina, si cavalca, si va in carrozza e in vapore, nell'istesso tempo che si parla, si scrive, si stampa e si telegrafa. Questa coincidenza d'invenzioni stringe i vincoli di comunanza nel campo reale e nell'ideale, e la combinazione di entrambe ha nella formazione dei rapporti una grande efficacia, i cui effetti progressivi non si possono ancora prevedere, e contro i cui mali effetti indiretti la morale e la legge devono tendere d'accordo.

Le invenzioni hanno ancora un lato politico, di cui dobbiamo fare una breve menzione pel rapporto che lo stato e la legge hanno con esse. A tutte ed a ciascuna si è attribuito una forza democratizzatrice; e di fatti i così detti conservatori sono più alieni che propensi ad esse, fino a che non si siano fatto strada. Certo è che ogni invenzione è un aumento di forza, poichè aumenta le forze individuali. Ma poichè lo stato è un uomo in grande, esso aumenta nella propria forza coi medesimi mezzi con cui gl'individui aumentano nella loro, e la forza aumentata dagli individui è anche un aumento di potere per gli scopi speciali dello stato. Quindi in ciascuna invenzione si può riconoscere un azione monarchica così bene che una democratica. La scrittura, per esempio, che aiuta ad aumentare l'intelligenza degl'individui, e quindi, se così si vuol dire, agisce democraticamente, ha nel tempo stesso per la lunga distesa dei secoli e per la vita presente una forza connettiva, che serve alla monarchia del bene e della legge, come all'autorità del governo. L'arte tipografica rende il pensiero aristocratico un bene comune, essa soltanto rende veramente possibile una pubblica opi-

Digitized by Google

nione, e appunto per ciò aiuta a governare nel bene e pel bene. Le strade ferrate e i telegrafi moltiplicano l'unione delle forze attive e dei pensieri negl'individui e ne aumentano la forza; ma nel tempo stesso rendono possibile la presenza della volontà centrale in tutti i punti della periferia, che rende più efficace l'autorità monarchica dello stato. Le macchine rendono inutili gli schiavi e agiscono con ciò democraticamente, ma producono nel tempo stesso l'aristocrazia del capitale. La polvere di cannone cooperò alla distruzione dell'antic' ordine dei cavalieri e alla soluzione della intimazione alle armi (*Heerbann*), e così agì democraticamente, ma nello stesso tempo aumentò il potere monarchico del duce. Per tal modo le invenzioni, nate dal pensiero universale, trascendono le singole forme delle costituzioni, ed hanno un'importanza universalmente umana. Non fatte dallo stato, esse tendono al di là dello stato, e annodano tra loro i popoli.

Le scienze hanno le loro invenzioni particolari, come per esempio nei metodi, che servono a rendere intelligibili le cose, nella definizione, che regge lo sviluppo dei pensieri, e nella divisione, che domina la massa dei fenomeni. Col capitale faticosamente acquistato e sempre fruttifero, coll'esperienza dell'umanità prudentemente ottenuta, coll'impulso sempre nuovo dell'applicazione, esse sanno talmente trovare l'universale principio umano, che in esse e per esse si collegano gli spiriti eminenti delle nazioni, e mercè questi le nazioni stesse. Analogamente alle scienze operano le arti, le quali presentano in una rappresentazione individuale dei motivi generali, principalmente il buono ed il vero nel bello.

Oltre a ciò gli apostoli delle religioni e delle chiese andando per tutto il mondo, e sentendo come universale il principio divino che annunziano, reclutano per la fede tra le nazioni più diverse, e annodano così oltre mare ed oltre monti un legame unificatore fra i correligionari.

Tutti questi indirizzi, non creati dallo stato, formano, in quanto veramente esprimano l'universale principio umano, un contenuto essenziale dello stato, ma vanno al di là dello stato stesso. Tutti questi indirizzi, tra i quali l'arte è quella che an-

Digitized by Google

cor più persevera nel carattere nazionale, si ponno chiamare cosmopoliti, sebbene il loro carattere cosmopolito si rivelasse in ciascuno in un modo molto diverso. Così per esempio, nel commerciante che conosce le specialità delle varie nazioni e non cerca che i loro bisogni reali come norma del libero scambio, questo principio si rivela in un modo diverso, che nello scienziato, il quale cerca ovunque l'essenza della cosa sempre uguale e la libertà dell'indagine, e in un modo diverso ancora nel teologo il quale tende all'affratellanza degli uomini nella fede e nella confessione; essi tutti però cercano il loro diritto secondo l'idea della loro missione, che oltrepassa i confini dello stato.

Nel senso di questi indirizzi, che affratellano i popoli, hanno origine persino delle Colonnie con speciali rapporti giuridici. Quali creazioni intermedie fra i membri dipendenti di un grande stato e una comunità che cerca e tenta la propria indipendenza, esse contengono i germi per formare un proprio stato, e la loro costituzione dipendente da cotesto doppio rapporto segue il grado di sviluppo della propria forza.

Lo stato può finalmente per i propri scopi, e specialmente per lo scopo dell'indipendenza, uscire dal suo isolamento e cercare di rafforzarsi collegandosi con altri (confederazione).

In tutti questi rapporti sono necessari dei reciproci ordinamenti giuridici, destinati a conservare il principio etico in questi indirizzi; essi costituiscono il contenuto del Diritto Internazionale in tempo di pace. Questi comuni ordinamenti giuridici hanno la loro origine nei punti dove i sistemi giuridici si attraversano; laddove ciascuno stato per l'istinto della propria conservazione fa anzi tutto valere l'osservanza del proprio dritto e del proprio vantaggio. Quando nell'interno dello stato le conseguenze di due scopi per sè legittimi vengono ad urtarsi, il tutto che superiore ad entrambi, entrambi in sè racchiude, decide secondo lo spirito speciale della sua legislazione positiva (§ 47). Ma nel diritto internazionale manca una tale forza autonoma e coerente in sè stessa. Quindi gli stati debbono tacitamente o per comune accordo trovare un modo di appianamento, il quale secondo l'entità della cosa garantisca i loro comuni rapporti etici, e, riconoscendo i compiti speciali e le

Digitized by Google

speciali condizioni dei singoli stati, promuova l'organamento dei medesimi.

§ 220. Nel diritto internazionale è di una speciale importanza il determinare esattamente i confini, fino a cui si estende il dominio dello stato; perciocchè ai confini s'incontrano opposte potenze, le quali debbono placidamente distinguersi e non nimichevolmente urtarsi. Il determinare e rendere conoscibili i confini di terra di uno stato è relativamente più facile, che il determinare quelli di mare. Ei si fa quistione fino a che punto il mare debba considerarsi appartenente alla costa, e se o fino a qual punto il mare possa diventare proprietà di una nazione. Per ogni stato litorale è necessario, che il mare che lo bagna sia riconosciuto come suo, e ne possa disporre, per quanto l'immediata sicurezza della costa lo richiede. Da ciò è nata la minore delle pretese, quella cioè di calcolare come pertinenza della terra tanto di mare fin dove giunge il tiro di un cannone. Ma le pretese sono andate più oltre; e vi furono delle potenze che estesero tale diritto ad interi mari e perfino all'oceano, come ad esempio nel secolo XVI la Spagna e il Portogallo sui mari da loro scoperti e la Gran Brettagna su quelli che la circondano. Egli è pertanto quistione, se e fin a qual punto il mare entri come cosa nella nozione della proprietà (§ 93 e 94). Se la proprietà nel più ampio significato dev' essere strumento della volontà, ei ne deriva che lo stato colla sua forza può comprendere e adoperare degli strumenti, che si sottraggono agl' individui. In questo aspetto i seni del mare e le parti quasi racchiuse dal mare possono valere come proprietà dello stato, poichè possono servirgli, e sono in suo potere come cose, ma non il vasto mare aperto, che, similmente all'atmosfera, non permette di fissarvi segni riconoscibili della volontà o marche di proprietà. L'analogia colla proprietà scomparisce del tutto, se si considerano le differenze che passano tra il mare e le altre cose che cadono sotto la proprietà. La cosa viene nella proprietà mercè il lavoro trasformatore, e quest'appropriazione intellettuale non può neppure imaginarsi nell'oceano. Se inoltre la cosa *nullius* diventa proprietà mercè l'occupazione, la scoperta di un oceano, che per esempio i Portoghesi e gli Spa-

Digitized by Google

gniuoli fecero valere come un dritto di proprietà, non può somigliarsi alla occupazione, perchè secondo il concetto di questa bisognerebbe che vi fosse la possibilità di dominare l'oceano con una forza attuale. Un tale sforzo non sarebbe molto diverso da una guerra continua e verrebbe meno di per sè stesso. Se il mare ha acquistato nella storia il significato di unire i popoli anzicchè dividerli; i mezzi di unione non possono divenire proprietà esclusiva di un solo. Su terra ferma la strada comune attraversa persino i campi coltivati. La pretesa alla proprietà del mare racchiude quella dell'esclusiva proprietà della via marittima e dell'esclusivo commercio. Se il mare è libero, ogni nave in mare somiglia ad una colonia nuotante del proprio stato. Indipendente da ogni limite, essa è libera come lo stato cui appartiene e cammina non molestata per la sua via. Il diritto della libertà dei mari, per cui particolarmente si combattè nel secolo XVII, garentisce al commercio, importantissima leva di civiltà, la rivalità delle forze ; ed è una condizione essenziale della storia, che la umanità si organizzi, in quello che i popoli della terra si separano e si congiungono in attività speciali.

§ 221. Nel diritto civile, trattandosi di uno straniero, si manifesta un conflitto sia nei rapporti di famiglia, come ad esempio nelle disposizioni testamentarie, nelle istituzioni di tutela, o in una proprietà acquistata in patria, sia che nella questione sulla validità di atti giuridici si tratti di vedere quali principi giuridici abbiano da prevalere, se il diritto locale ovvero il diritto patrio, cioè a dire il diritto del luogo ove lo straniero eventualmente si trova, ovvero il diritto della sua patria.

Gli stati possono avere in rapporto a questi diritti degli stranieri modi differenti di vedere. L'istinto della propria forza spinge ciascuno stato a non lasciar valere che il proprio diritto. Però una coscienza giuridica più profonda dei rapporti etici, che hanno prodotto e stabilito il diritto degli stranieri, vuole che si segua il principio individuale, e che in tale specialità si garentisca il principio etico, per quanto ciò non contrasti con un diritto essenziale dello stato che ricovera lo straniero. Così si manifesta, qual grado più elevato del diritto che

Digitized by Google

si va perfezionando nella vita comune, e come un rispetto alla stabilità del diritto privato, che lo stato non agisca secondo il proprio diritto nella condizione civile di uno straniero, nei rapporti giuridici della famiglia, per esempio nell'eredità, ma garentisca e mantenga il diritto patrio dello straniero (gli statuti personali). Altri casi possono dar luogo ad altre considerazioni. L'opposizione nel diritto privato di vari stati può complicarsi ed intricarsi maggiormente, quando, per esempio, cittadini del medesimo stato abbiano conchiuso un affare giuridico all'estero, o quando l'oggetto di cui si tratta si trovi all'estero, o benanche quando due cittadini di vari stati abbiano conchiuso in un terzo un affare giuridico per un oggetto che si trova in un quarto stato. Per tali casi è necessaria una norma positiva, ed importa regolarla reciprocamente, affinchè si faccia ciò che promuove il principio etico in tutti i paesi, e non ciò soltanto che conviene allo stato, sotto la cui autorità trovansi gli stranieri o l'oggetto del contratto.

Nel diritto penale il conflitto si fa più sentito per i possibili rapporti politici. Quando uno straniero viene perseguitato nella sua patria e dai patrii tribunali in causa di un reato, nasce la questione, fino a qual punto lo stato, in cui il delinquente ha cercato un asilo, sia obbligato od autorizzato a consegnarlo. Il così detto Diritto di Asilo nacque dapprima quale un dovere di ospitalità per una religiosa pietà che si sentì pel fuggitivo caduto in miseria ed implorante ricovero, e si riaffermò quindi in cose politiche per riguardi politici. Il dritto d' asilo non è un diritto personale del perseguitato, sebbene un diritto che lo stato si attribuisce in grazia della sua autorità su tutto ciò che trovasi nel suo dominio. In quanto questo diritto impedisce il corso della giustizia o incoraggia perfino a delinquere in altri stati, esso sembra una ingiustizia verso gli stati, i quali pur esistono e stanno uniti in grazia della giustizia. E se nondimeno esso è riguardato come un diritto, bisogna vedere qual alto del principio etico sia per esso protetto.

I reati soglionsi distinguere in reati comuni e in reati politici, e si vuole limitare il diritto di asilo a questi ultimi solamente. Ma egli è difficile assegnare un limite preciso fra que-

Digitized by Google

ste due specie di reati, poichè i politici, che si sogliono nobilitare per presupposti motivi più elevati, possono essere uguagliati ai reati comuni ed essere persino più imputabili di questi pei loro effetti distruttori e perturbatori di ogni principio etico (§ 217).

Si può in primo luogo considerare il dritto di asilo dal punto di vista della propria conservazione, necessario tra stati e stati, quando siasi innalzato al di sopra di loro un principio etico più elevato. Secondo quest'aspetto quei delitti, la cui estirpazione deve importare a ciascuno stato per proprio interesse, non dovranno trovare protezione in veruno stato, e in tal caso l'estradizione sarà necessaria, a meno che lo stato straniero non voglia prendersi egli stesso la cura di punirli. Nondimeno i delinquenti politici stranieri, come nemici dell'altro stato, possono passare come amici del proprio, e l'indebolimento dello stato straniero per discordie indestine può essere riguardato come un rafforzamento del proprio. Cotesto motivo egoistico di tener la mano sopra delinquenti politici stranieri, come su mezzi pronti a recar la confusione nel paese straniero, non è un fondamento etico di un diritto, che ha per mira di attraversare la giustizia in altri stati. Quando si fosse certi, che nello stato straniero non fu fatta violenza soltanto contro una nuda disposizione ma contro l'eterna giustizia, e che da parte dello stato straniero offeso si eserciterebbe soltanto il dritto e non l'arbitrio, e che, offeso nel dritto politico, esso eserciterebbe nella punizione il dritto soltanto e non la vendetta; ei non potrebbe sostenersi il dritto di asilo ad onta di tutta la compassione pel perseguitato. Il principio della propria conservazione, che cerca esclusivamente la propria forza, non può riconoscersi, se non in quanto possa nel tempo stesso servire all'organamento del tutto.

Però il diritto di asilo è un ripiego etico, una confessione di diffidenza verso il diritto e l'amministrazione giuridica dell'altro stato, una confessione dei difetti dell'umana giustizia in generale, un provvisorio del diritto, ma per ora e forse per sempre necessario. Poichè ciò che è condizionatamente giusto—ciò che è giusto secondo una esistente costituzione—non si ac-

Digitized by Google

corda sempre col giusto assoluto (§ 48, § 212), e poichè il reato politico che lo stato straniero non ha nè l'obbligo, nè la possibilità di esaminare, può sembrare di aver offeso soltanto il giusto condizionato e non il giusto assoluto, o di non aver opposta che forza contro forza e astuzia contro arbitrio; così si è creduto di concedere ai delinquenti politici stranieri ospitalità e protezione, tanto più da che il fuggitivo subisce già di fatto la sua pena coll'esilio. In particolare contribuisce all'esercizio del diritto di asilo l'affinità di politiche simpatie e l'ambizione della forza e della libertà delle opinioni. Ogni nazione si è abituata a vivere in quelle idee giuridiche che le sono care, e le ritiene quindi come giusto assoluto; cosicchè i profughi stranieri le possono sembrare persino come martiri di questo dritto migliore.

Il diritto di asilo, come protezione di partiti vinti ma di un etico valore, come protezione di effettivi delinquenti politici ma di dubbia importanza, si cangia in una ingiustizia politica di uno stato contro l'altro, quando diviene coperta e scudo per rendere il luogo di asilo un focolare di tizzoni ardenti, che debbono poi essere gittati nell'altro paese, quando diviene punto d'appoggio di congiure o di tentativi di assassini. L'ospitale diritto di asilo ha quindi bisogno di rigorose leggi a garenzia del suo vero significato contro l'abuso delle passioni politiche sempre bollenti e di rado attutite.

§ 222. Nei rapporti di tutte quelle attività, mercè le quali (§ 219) le nazioni si collegano insieme, sarà d'uopo per la conservazione e la promozione del bene comune di un diritto comune; e a tale scopo, come pure per appianare la contraddizione fra il diritto patrio e il diritto locale (§ 221) e per decidere i casi controversi con un procedimento eguale, si forma un Diritto privato Internazionale, destinato a garentire reciprocamente nel commercio dei popoli le condizioni generali per la proprietà e per le attività economiche, che nel senso etico sono le medesime per tutte le nazioni. Come prodotto universale, un tal diritto privato internazionale, degna meta della costituzione giuridica, diverrà un legame di pace tra i popoli; e progredendo al di là del diritto romano, o francese, o ger-

Digitized by Google

manico, avrà un'efficacia sul diritto interno dei popoli, che entrano o che vivono nella lega della civiltà.

Il commercio anzi tutto richiede nei luoghi in cui si reca una giustizia sicura e pronta; senza di questa vien meno ogni voglia e coraggio, perchè vien meno la possibilità di poter calcolare sui piani fatti (§ 165); e se questa giustizia sicura e pronta nel contenuto delle sue determinazioni diviene così comune tra le nazioni da corrispondere alla natura della cosa, per esempio nel concorso (§ 118), nel diritto cambiario (§ 166), nel diritto marittimo (§ 167); allora essa dà novella facilità e vita al commercio. A ciò contribuisce anche la comune cooperazione a facilitare il commercio e ad accellerare la comunicazione del pensiero fra nazione e nazione.

Poichè le invenzioni tutte rafforzano le attività umane nei loro determinati indirizzi, così avviene che nelle legislazioni delle nazioni si manifesta una tendenza a serbarle come un segreto e a profittarne esclusivamente per sè, allo stesso modo che un opificio tiene esclusivamente per sè i metodi esperimentati per la maggior perfezione e il miglior mercato delle proprie merci, onde sostenere più favorevolmente la concorrenza sul gran mercato. Ciò avviene particolarmente pei mezzi che hanno più diretta attinenza colla forza. Nel diritto romano era vietato con pena di morte fin nei più tardi tempi dell'impero d'insegnare ai barbari l'arte, loro prima sconosciuta, della costruzione navale (Codice IX, 47, 25 confr. Cod. Teodos.). La lega anseatica attribuì a sè sola il diritto di costruire le navi, e sotto pena di confisca nessuna nave poteva essere venduta ad uno stato estranseatico. Rispetto all' armamento i popoli vegliano gelosi sulle invenzioni che rendono migliore e più strenua la forza di difesa. Chi le tradisce, tradisce una parte della forza nazionale; e ciò in pro' della stretta indipendenza, che dev'essere la cosa più importante dello stato. Pel resto in quelle invenzioni che per loro natura sono il prodotto dello spirito universale e non dell'indirizzo individuale, subentra l'universale importanza dell'umanità, e col progresso del tempo devesi loro vietare ogni limitazione. Alle nazioni importa di non sottrarre agl' inventori, come agli autori di libri o di oggetti

Digitized by Google

d'arte, il frutto della loro forza creatrice, e di procurar a coloro, che lavorarono in pro' dell'umanità, anche fuori del proprio stato i vantaggi che loro si spettano. Se non si curano di ciò, i monumenti che si erigono agli inventori riescono tardivi.

Tutti quest'indirizzi vengono regolati dal diritto internazionale, che nasce da trattati, e che diviene più perfetto, a misura che meglio garentisce e promuove nella vita comune lo scopo interno della cosa. E con ciò si propaga su tutto il globo il riconoscimento del principio spirituale ed etico.

Più difficili sono i legami che annodano i popoli mercè la religione. E ciò sta nella natura della cosa; perciocchè le religioni e le confessioni appartengano al sentimento più individuale delle nazioni, per modo che i loro rapporti assumono un carattere esclusivo e facilmente irritabile. Nessuna religione o confessione è inclinata a legarsi con un'altra a sè dissimile; e, ad onta di tutta la coltura comune che tende ad appianare la differenza delle credenze religiose, esse sono uno dei fattori nella costituzione dello stato. Persino nelle emigrazioni e nelle colonizzazioni, in cui si manifesta la libera attività degli uomini e si cerca la libertà religiosa, la confessione originaria esercita nel tutto la più possente attrazione. Quindi i rapporti delle religioni divengono molto irritabili tanto fra gl'individui che tra gli stati, come ne fanno testimonianza le guerre religiose; ed egli è un merito degli stati, se, occupati come sono in tante altre cose, sieno tolleranti verso i credenti delle varie religioni, e formino degli ordinamenti di reciproco diritto destinati a garentire la fonte più individuale del principio etico, la libertà di coscienza.

Il cristianesimo ha rappresentato nei secoli la forza unificatrice dei popoli; e vi fu un tempo in cui quasi esso solo strinse il legame fra i vari paesi; ma dove la chiesa vuole immischiarsi in un singolo stato, ricevendo le sue ispirazioni da un centro straniero, occorre premunirsi perchè lo stato resti padrone in casa propria. Occorre ben determinare i confini fra stato e chiesa, acciocchè l'elemento spirituale non diventi mercè la sua autorità sopra i fedeli un'autorità superiore alle leggi dello stato, nè lo stato rovesci il prestigio e l'ordine della chiesa. In

Digitized by Google

questo punto di contatto, in cui la chiesa concentrata in sè stessa apparisce come una forza esterna di fronte allo stato, si forma un dritto, che appartiene al dritto internazionale.

§ 223. Quando gli stati sentono di essere l'uomo in grande, la forma « canonica » dell'uomo; quando acquistano la coscienza di essere chiamati a purificare gli etici concetti, ad esserne i custodi e ad elevare il principio etico ad un punto di vista superiore al sordido egoismo degl' individui: allora può formarsi nel diritto internazionale mercè reciproci trattati un' etica internazionale, come avvenne nei tempi recentissimi nel divieto e nell'impedimento del commercio degli schiavi. Soltanto nella comunanza, soltanto quando tutti gli stati hanno rinunziato all' egoismo e nessuno pertanto trae vantaggio dal nobile sentimento dell'altro che rinunzia, si potrà impedire quella barbarie, che si riprodurrà bensì sempre sotto altre forme, ma che pur troverà più facilmente resistenza nella generalità. Compito della comunanza degli stati si è, di sottrarre le loro vittime all'industre avidità e alla dura superbia del cuore, e di garentire colla rigorosa forza della legge l'idea di persona, (che viene lesa nello schiavo), quale universale idea dell'uomo. La dottrina etica della personalità dell' uomo, articolo fondamentale della morale, rimarrà ad onta della sua verità un' idea vacillante e sempre sottoposta alle illusioni dell'egoismo, finchè la legge non la ponga sotto la garenzia della sua forza (conf. § 86 e seg.). La coscienza etica, mentr' è fondamento del dritto che si sviluppa, acquista a sua volta dal dritto, quando questo si generalizza, universalità e forza.

§ 224. Il diritto internazionale in tali rapporti viene costituito essenzialmente mercè trattati. Però il suo oggetto, quando ha un' esigenza etica, ha una giustificazione più profonda, che non sia la forma di un arbitrario accordo. Ma nel reciproco rapporto degli stati manca quella forza più elevata di coazione, che lo stato possiede di fronte agl'individui, e che fonda le norme del diritto comune superiormente al contratto. Se nei tempi passati la chiesa pretese di esercitare una tale supremazia, essa perdè in egual misura la sua propria e speciale forza, allorquando volle entrare nel diritto mondano, e divenne un

Digitized by Google

regno temporale. Egli è l'opera lentamente progressiva dei trattati di pace e dei trattati internazionali, di consolidare a poco a poco le norme del diritto comune, destinate a garentire le condizioni del principio etico non solo nei singoli stati, ma anche nel commercio dell'umanità.

Questa è l'idea generale che hanno i trattati nei rapporti fra stati e stati. I trattati degli stati sono però essenzialmente diversi dai contratti privati, poichè nè avvi una forza coercitrice più elevata che li assoggetti alle norme universali, a cui sono legati i tratti privati (§ 106 e 107), nè vi ha chi ne tuteli l'adempimento. Le analogie coi contratti privati non sono quindi sempre calzanti, e chi ad essi si rapporta con apparente chiarezza, non di rado viene smentito da chi con maggiore acume ne comprende la differenza specifica. Così ad esempio mentre nel diritto privato si possono attaccare di nullità i contratti fatti per intimidazione (§ 106), nel dritto internazionale i trattati di pace sono per la maggior parte dettati dalla forza. Quindi nel diritto internazionale un trattato non può dichiararsi invalido, perchè non conchiuso di libera volontà. Nel diritto privato la prescrizione riguardata come un tacito consentimento può stare in luogo di contratto (§ 99, § 114). I medesimi motivi che s'invocano pel diritto di prescrizione nel commercio individuale potrebbero essere invocati anche nel diritto internazionale; ma l'effettuazione, come per esempio la determinazione e l'osservanza dei termini, non è altrimenti possibile che in un sistema giuridico stabilito e preciso. Quindi la prescrizione nei rapporti internazionali non è possibile, a meno che non si stringano fra le nazioni dei vincoli giuridici più stretti, come per esempio una confederazione di stati o uno stato federale, in cui la prescrizione possa effettuarsi.

I trattati internazionali si distinguono precipuamente dai contratti privati in ciò, che non vi ha nessuna forza superiore alle parti, la quale ne vieti la lesione e ne garentisca l'adempimento. Non vi ha alcun giudice sopra gli stati; quindi vi è sempre pericolo di ritardo. Lo stato, la cui natura nelle sue relazioni cogli altri stati si è di pensare esclusivamente alla propria forza, è egoistico come l'uomo naturale, che non vuole che sè

Digitized by Google

stesso e assoggetta il più debole ; esso è geloso perchè sente come proprio indebolimento l' aumento di forza e il vantaggio acquistato da un altro ; è sconoscente perchè ogni gratitudine per un benefizio ricorda una precedente dipendenza, e come tale trae seco un sentimento di umiliazione ; ed è prepotente e astuto secondo le circostanze per trarre partito dal momento. Negli stati avviene come nello stato naturale, in cui ciascuno teme di adempiere per primo un contratto, perchè con ciò si metterebbe in una situazione svantaggiosa verso gli altri. Spesso i trattati non sono che una maschera, sotto la quale continua ad agire l'egoismo. Può avvenire che persino quella parte che apparentemente è ancora rimasta fedele al trattato, in realtà se ne sia già staccata, e che pertanto l'altra parte per non rimanere delusa debba prevenire quella, a rischio anche che l'apparenza di mancata fede ricada su lei. La fede ai trattati prende allora l'aspetto di bonaria debolezza, e la mancanza di fede a tempo opportuno diviene fondamento di nuova forza e di nuovo diritto. Il giudicare se un trattato sia stato rotto, e se tale rottura debbasi emendare colla forza o coll'arrendevolezza, rimane in ultim' analisi al giudizio, alla volontà e alla forza della parte offesa. Qui domina il farsi ragione da sè, che in altri casi è l'opposto del diritto. Vi è una contraddizione fra il contegno dello stato all'interno, in cui le leggi sono le tutrici del principio etico, e lo stato naturale verso l'estero, in cui egli stesso diventa ingiusto e illegale. Il principio etico esige, che i trattati internazionali, che fondano le norme giuridiche comuni, sieno rispettati e adempiuti. E ciò non è possibile, che o mercè la pubblica opinione, la quale, sebbene risieda negl' individui, è pur una forza fra gli stati, dappoichè questi debbono in ultima ragione basarsi sempre sugl'individui, o in una lega degli stati, la quale fondi una forza superiore a ciascuna parte, la quale per sè non possiede che la propria forza.

§ 225. L' Opinione pubblica (§ 210) ha sempre un peso nel Diritto internazionale, quando rappresenta il giudizio etico; perchè essa comparte l'onore o l'onta, che non sono indifferenti neppure al più possente, e perchè anima o disanima, eleva o reprime gli uomini, di cui anche il più potente ab-

Digitized by Google

bisogna come di suoi strumenti. Però nel diritto internazionale essa ha un'importanza minore che nell'interno dello stato; perciocchè colui che ha in mano il potere confida sovente nel successo, e affronta perfino l'opinione pubblica nella speranza di attirarla nuovamente a sè mercè il felice successo. Quindi anche tra gli stati fa d'uopo di una forza reale a garenzia dei trattati. Questa forza trovasi in un accordo fra gli stati, fatto per modo, che lo stato offeso trovi negli altri un aiuto contro l'offesa. La storia ci presenta un tale accordo ora più stretto e limitato in una confederazione di stati o in uno stato confederativo, ora più largo ma più generale in una famiglia ovvero in un sistema di stati.

§ 226. Confederazione e Stato federale sono le espressioni di due gradi diversi di durevole unione fra stati. La Confederazione consiste di parti o veramente indipendenti o come tali riguardate, le quali riconoscono un supremo tutto, la confederazione, come un potere superiore alla loro volontà soltanto in certi indirizzi. Lo Stato federale per lo contrario è costituito in una più rigorosa unità da parti, le quali non hanno la loro consistenza che nel tutto. La Confederazione lascia sussistere gli stati sovrani, e non rivolge il tutto militarmente e politicamente che contro il nemico esterno ed interno; il motivo della sua esistenza è la negazione di un attacco estraneo, ma non l'affermazione di una legislazione ed amministrazione comune o di un comune sviluppo mercè l'una e l'altra. Quando essa ebbe origine da un tutto che si dovette smembrare, perchè le parti erano divenute troppo possenti, e quindi per sostituire al tutto che teneva insieme le parti un tutto che da queste venisse sostenuto; quando l'aggregato di una confederazione è subentrato ad un regime storico, ed in questo aggregato il potere dei singoli stati non è egualmente diviso; le parti, e specialmente le maggiori, avranno all'occorrenza sempre la tentazione di richiamarsi alla propria forza. Una tale confederazione di stati diviene un'esterna aggregazione di stati, e non resiste ad un forte urto, sia che venga dall'interno, che dall'esterno, perchè nei giorni del pericolo le manca la forza esecutiva del tutto contro le parti.

Digitized by Google

Uno stato confederato ha basi più solide, se, come ad esempio l'America del Nord, ha avuta una origine storica tale, che il sentimento del tutto sia divenuto più grande che il sentimento egoistico delle parti; se l'ulteriore sviluppo avvenga per modo che le parti, i nuovi stati, nascano soltanto sul suolo e sotto la protezione del tutto, in guisa che in questo indirizzo il tutto stia veramente prima delle parti; se si riuscì a fondare una costituzione, la quale sappia far valere nelle parti, che si reggono da sè stesse, le leggi del centro, sapendo rendere responsabili di queste non solamente gli stati, ma gli stessi individui; se gli stati si abituano a riconoscersi non sovrani ma quali autorità autonome limitate (semi-sovrane). Persino in tali stati federali minaccia una disorganizzazione, quando non si riesce a poggiare la grandezza esterna sullo sviluppo interno, ed a rivolgere ad un ponderato organamento la cupidigia di estendersi, ovvero quando a questioni fondamentali della legislazione, le quali si sono impossessate del costume e della coscienza del popolo (come recentemente nell'America del Nord la questione degli schiavi) venga risposto in senso contrario, e con ciò gli animi si alienano e gli stati si allontanano l'un dall'altro.

La trasformazione di una confederazione in uno stato federale, sentita come una necessità in tempi di comune umiliazione, ma ben presto dimenticata in tempi migliori, trova i più grandi ostacoli nella diversità di forza dei singoli stati, nell'impossibile subordinazione delle parti più forti alla maggioranza dei più deboli, nel sentimento di sovranità insito in tutte le parti anche nella più piccola, e nella immobilità del tutto, che si manifesta quando si vuol avere riguardo a tutti gl'interessi. Una costituzione che per sussistere è costretta a implorare il beneplacito dei cittadini, non è una costituzione, conciosiacchè lo stato si fonda sulla forza. Secondo il movimento egoistico delle parti è più facile, che uno stato federale diventi una confederazione, che viceversa.

Il diritto federale, sia in una confederazione che in uno stato confederativo, ha il suo contenuto etico nello scopo interno, nello scopo di unità e nel relativo rapporto di forza; e, similmente

Digitized by Google

ad ogni altro diritto, esiste per garentire le condizioni del principio etico, che per l'esistenza e per la vita del tutto richiede la subordinazione delle parti, più generosa e più generale nello stato confederato, più limitata nella confederazione. In ogni dritto federale importerà ben determinare i punti di contatto del diritto e della forza del tutto col dritto e la forza delle parti, e bisognerà fissare norme stabili, che secondo le forze sieno giuste verso entrambi, ma mettano sempre il tutto al di sopra delle parti.

Possano o no confederazione e stato federale appianare le controversie surte fra gli stati collegati in rapporto ai trattati, e possano o no garentire la pace; essi stanno pur sempre però all' estero come stati di fronte a stati, cioè come una potenza unica.

§ 227. Sotto il nome di diritto d'Intervento s' intende il diritto di uno stato di ingerirsi colla forza coercitiva e a date circostanze in ciò che avviene nell'interno di un altro stato, ad esempio, nella legislazione, nei cangiamenti di costituzione ec. Veramente contraddice al diritto d'indipendenza degli stati che uno stato s'immischi negli affari interni dell'altro (§ 199). Un tale diritto non può aver origine che da trattati particolari di garenzia o dalla disposizione di una confederazione o di uno stato federale, mercè la quale viene limitata l'indipendenza dei singoli stati; e nel diritto federale dev'essere già preveduto fino a qual punto uno stato verso l'altro o l'insieme degli stati verso il singolo stato abbia il dritto d'intervenire, affinchè l'autonomia etica degli stati non venga impedita, nè represso l'interno sviluppo.

Negli stati più grandi non manca la velleità di reprimere nei vicini i moti religiosi e politici che loro non garbano; poichè i movimenti di un popolo attraggono facilmente quelli degli altri alle medesime passioni. Lo stato vuol vedere affermato nell'altro il suo dritto, la sua costituzione e il suo indirizzo, e quindi sapersi in sè stesso meglio raffermato. Abituato al suo diritto, alla sua costituzione, al suo indirizzo, esso non vede che ingiustizia nei movimenti contrari, e ciò è una conseguenza degli affetti dell'uomo naturale, che dominano principalmente fra stato e stato. Ciascuno vuol veder confermate le sue idee

Digitized by Google

nelle idee dell'altro, perchè in ciò egli vede accresciuta la propria forza. Ma questo impulso dell'uomo naturale nello stato nè dà fondamento a un diritto nè ottiene il successo che si propone, poichè lo stato che interviene finisce per immischiarsi nei partiti dell'altro. Egli è contro la natura delle cose, che una potenza straniera crei in un altro stato vittoriosi e vinti; e il sentimento nazionale si risveglia per tale disordine contro la potenza straniera. Aiutando un partito alla vittoria, essa non gli dà che un dominio passaggero; poichè appena volge le spalle, il male represso si risolleva; che se per lo contrario rimane di guardia nel paese, avviene che o i partiti si collegano contro di essa, dimenticano provvisoriamente i loro dissensi e la respingono fuori del proprio paese; ovvero che essa finisce con l'oppressione della nazione, pel cui ordine intervenne. Pertanto il diritto d'intervento, senz'altro riconosciuto nel diritto internazionale, si cambierebbe in ingiustizia. Ciò che si suol chiamare diritto d'intervento non è per lo più di fatto che una velleità della forza soverchiante.

§ 228. Il concetto di una famiglia di stati formata, per esempio, dai popoli cristiani d'Europa, di una famiglia la quale senza guerra recasse una pacifica soluzione alle lotte che insorgessero fra loro, è un concetto che accenna a ciò che dovrebb'essere, ma che ancora non è. L'equilibro politico, il quale deve assicurare gli stati piccoli contro i grandi e questi tra loro, mentre riguarda ogni offesa provveniente da una parte come turbamento dell'equilibrio, a rimettere il quale chiama tutti gli altri, è una rappresentazione meccanica dei rapporti empirici della forza, e riposa principalmente sulla conservazione di sè medesimo. Nell'aumento di forza di uno stato l'altro si vede minacciato, allo stesso modo che nell'invidia e nella gelosia si manifesta la vigilanza dell'uomo naturale. Uno si unisce all'altro per frenare la crescente forza del terzo. L'affetto dell'uomo naturale ha fatto inventare dagli stati cotesto baluardo, intorno al quale vanno fabbricando da tre secoli senza giungere a renderlo insormontabile; questa idea dovrebbe servire a mantenere la pace, ma serve invece di pretesto alla guerra. Fino a tanto che soltanto l'invidia e la gelosia

Digitized by Google

costituiscono la forza protettrice di questo assioma politico, finchè non si calcola che meccanicamente il peso e il contrappeso, per cui ognuno sappia che dall'altra parte vi ha tanta forza di resistenza quanta ve n'ha da parte sua all'attacco; finchè l'equilibrio non riposa sopra un punto di gravità etico; fino allora ogni stato, la cui forza cresca o sappia diversamente disporre i pesi, potrà spostare l'equilibrio: e ogni sviluppo essere chiamato una perturbazione dell'equilibrio; sicchè ogni stato per tutelare il proprio dritto e il proprio sviluppo non è poggiato in ultima analisi che sulla propria forza. « Una durevole pace universale », dice una volta Kant 1), mercè il così detto equilibrio delle potenze europee è una chimera, simile alla casa di Swift, la quale fu edificata da un architetto secondo le leggi dell'equilibrio così perfettamente, che essendovisi poggiata sopra una rondine, la casa cadde immediatamente»: e nondimeno questo principio di equilibrio continua a bertucciare nella storia. Se in una conclusione di pace si trova o si garentisce un diritto, il quale corrisponde ai rapporti etici delle nazioni, quella conclusione fonderà nell'azione reciproca degli stati la quiete all'interno, e farà per la pace universale più che la forza delle masse sommate insieme con apparente prudenza. Soltanto ciò che si fonda sopra rapporti etici ha saldo fondamento e promette stabilità e pace. Fino a che ciò non avvenga, la guerra sarà l'ultima *ratio* decisiva, dappoichè non vi ha ancora un tribunale internazionale.

§ 229. Quando è la guerra che decide, allora il principio etico vien sottoposto al fisico, il diritto spirituale alla lotta materiale. La guerra è un farsi ragione da sè delle nazioni. Ma come nello stato stesso, nei casi in cui la sua forza protettrice sia impossibile, questo diritto è rilasciato all'individuo (§ 56); così pure tra gli stati, finchè manca un potere giudiziario o pacificatore superiore, il farsi ragione da sè diviene un diritto necessario. La giustizia di una guerra riposa sulla coscienza di

---

1) *Ueber den Gemeinspruch: das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, 1793, nell'Ediz. di Rosenkranz VII. pag. 227.

Digitized by Google

esservi necessariamente costretti dalla forza di un principio etico. Certamente questa coscienza non è dapprima che la coscienza di un partito e non un riconoscimento giuridico ; ma se questa coscienza diventa una fede etica del popolo, essa ha in ciò una garenzia giuridica ed una forza senza pari.

L' arbitrio e la violenza regnerebbero continuamente fra gli stati, se la guerra non costringesse al riconoscimento del diritto e con ciò alla sua durevolezza. Nel mondo etico in generale ciò che essenzialmente si chiede non è soltanto la esistenza, ma il riconoscimento dell' esistenza; perciocchè l'esistenza, che altrimenti non si potrebbe sostenere che materialmente mercè la forza presente nello spazio e nel tempo, diviene una forza etica , una forza universale e superiore alla volontà , solo in quanto lo scopo riconosciuto dell'uno diviene un dovere dell' altro, (sia per appoggiarlo che per non avversarlo), e in quanto in generale doveri e diritti divengono mercè il riconoscimento due idee reciproche. Se il riconoscimento si riconduce agli elementi del suo concetto, in esso si scorgeranno reciprocamente legate la coazione e la libertà. Può avvenire che la libertà prepondera, come nel riconoscimento elevato all'ammirazione o alla venerazione ; ma nel campo del diritto la libertà ha una base più rigorosa. La forza della pruova convincente, la quale si mostra tale con maggiore evidenza nella forma indiretta del non poter essere altrimenti , è teoreticamente basata sul riconoscimento di una verità necessaria ; e quindi la libertà di acconsentimento , che riposa in ultima analisi sulla natura più speciale del nostro spirito , poggia sulla sua comunanza coi principi della cosa. Praticamente, quando si tratta dei rapporti fra stato e stato , a base del riconoscimento sta la coazione della forza e la volontà che acconsenta o per lo meno si adatta. Nella guerra non basta la sola sottomissione, ma vi si deve aggiungere la volontà consensiente , mercè la quale l' atto momentaneo della sottomissione, giacchè la volontà deve essere conseguente, diviene universale e quindi durevole. In questa volontà consensiente trovasi un momento della libertà , momento che , se è ottenuto soltanto mercè la forza, non offre che poca garenzia, ma che pur in questo modo è la condizione per fondare

Digitized by Google

un diritto. La confessione di superiorità di forza, che la guerra costringe a fare, è la pruova di non poter essere diversamente e quindi un principio della volontà consensiente.

Se si considera il possesso di fatto come ordinato e riconosciuto giuridicamente, quella guerra potrà chiamarsi giusta, la quale respinga un insulto, difenda da un attacco e constringa all'adempimento di presi impegni, sia che vengano attaccati soltanto bene esterni, che idee su cui lo stato riposa. In tal caso la forza coercitiva della guerra è analoga alla esecuzione coattiva di una sentenza, perchè si tratta di garentire le condizioni di un principio etico esistente. Altre guerre, le quali hanno lo scopo di acquistare nuove condizioni indispensabili per la vita e per lo sviluppo delle forze, escono dall' analogia col diritto conservativo del possesso, e nondimeno, se ciò che si richiede non viene conceduto, possono avere una necessità inevitabile, e quindi un fondamento sul principio etico. Egli è per questa via che gli stati acquistarono nei loro primordi la libertà e i mezzi del loro vivere; e assai raramente nello stato come nelle religioni avvengono grandi sviluppi senza forti urti. *Pia arma quibus nulla nisi in armis relinquitur spes* (Livio IX, 1). Tali guerre non stanno sulla medesima linea delle egoistiche guerre di conquista o di distruzione. Il vedere se una guerra sia giusta od ingiusta è una questione etica. Mentre la guerra giusta somiglia alla esecuzione di una sentenza, somiglia l' ingiusta al delitto di rapina o di grassazione. Però contro la guerra, giusta od ingiusta, non v' ha appello; è dessa l' ultima istanza del diritto internazionale, in cui la giustizia diviene il valore del popolo, senza bisogno che la vittoria tocchi necessariamente al diritto.

Nella guerra lo stato deve ricorrere a ciò che è la sua radice, alla forza (§ 152); e in tempo di guerra ogni altra attività, qualunque sia del resto la sua importanza, perde tale importanza di rincontro alla forza.

Non è senza esempio nelle cose umane, che gli effetti indiretti che non entrano nell'intento e non avvengono che accessoriamente, se anche necessariamente, superino di gran lunga lo scopo proprio, ed acquistino una maggiore importanza del-

Digitized by Google

l' intento ottenuto o fallito. Ciò avviene nella guerra mediante la tensione e il movimento delle forze, che la guerra richiede, e mercè le virtù evocate in pro' del tutto minacciato.

La guerra, (col richiedere quell'attivo coraggio che nella vita umana si richiede in vario grado ed in diversa forma per tutto ciò che è buono ed importante, collo spingerlo fino all'estrema tensione, col provarlo e temprarlo nei pericoli e nei travagli, e col portarlo a sentimento universale nella sua espressione più forte) eleva lo spirito e rafforza il carattere della nazione, e, condotta per una causa nobile, ha un' influenza vivificante in vaste sfere.

In tempo di pace si produce la morale del ben inteso e ben calcolato interesse e quella teoria economica nazionale, la quale ritiene l'energia produttiva dell'egoismo come la cosa più vantaggiosa anche pel tutto. Ma la guerra nel rapido succedersi dei fatti spinge verso il tutto, e porta ad universale sentimento e riconoscimento la dottrina fondamentale di ogni principio etico, che il tutto sta prima delle parti. La teoria politica, che parte dal tutto, la vince nella considerazione universale su quella economico-nazionale (§ 155), e nella guerra giusta la politica diviene etica nel senso più nobile. Adunque la guerra è per la nazione un fatto della comunanza; e siccome il lato principale delle virtù si è di unificare, perchè queste derivano dall' essenza universale degli uomini; così la guerra richiede anzi tutto nelle nazioni le virtù unificatrici della giustizia e della fede, dell'abnegazione e dell'obbedienza. La pace ammollisce, la guerra rende maschio il popolo; la pace colla sua fortuna e i suoi godimenti rende arroganti, laddove la guerra rende prudente e interessato al bene comune. La pace produce nel tranquillo possedimento il sentimento della sicurezza e con ciò l' indolenza, laddove l'urto violento della guerra desta improvvisamente dal sonno tutte le forze; il credito artificiale cade, e la confidenza nelle proprie forze si accresce. Nella pace si formano barriere di divisioni, che la guerra distrugge, unificando e fondendo la nazione in un comune pericolo e in un' azione comune. Nella guerra ciò che è artificiale si riduce al semplice e ciò che è superfluo al necessario; e nella guerra giusta in mezzo

Digitized by Google

alle miserie e alle morti si spande sul forte popolo un grande spirito. La guerra provvede a che il valore dei popoli non perisca e dei nomi quali le Termopili e Salamina risuonino nella umanità come canti immortali. « Il vincitore non è l'eroe, ma l'eroe un vincitore ».

Per la guerra, quando è soltanto passaggera e non di durata, non v'ha d'uopo di una teodicea, più che non ne abbia un temporale che purifica l'atmosfera, purchè non si guardi agl'individui che vengono schiacciati e distrutti, ma alle nazioni e agli stati in complesso. Fino ad oggi il cammino storico delle nazioni si fu di conquistare nella guerra e di coltivare il conquistato nella pace, di procacciare in quella e di difendere in questa ciò che si procacciò.

§ 230. Il diritto, il quale trae origine dalla natura etica dell'uomo, è talmente necessario a questo, che anche quando la decisione di esso viene rimessa alla punta di una spada, quindi sotto il dominio del caso, (come avviene nella guerra la quale mette in quistione il diritto) si forma un nuovo diritto, il diritto di guerra.

Le guerre sono fatte agli stati. Le guerre fra le parti di uno stato (come quelle dei vassalli avanti il Friedland) o di parti di uno stato contro parti di un altro, distruggono la forza del regime, che è l'inalienabile attributo degli stati (§ 176 e seg.). Nella guerra si tratta di costringere la volontà di uno stato come tale, e d'indurlo ad una durevole intelligenza. Da ciò deriva necessariamente, che la guerra, qualunque sia il suo scopo, è fatta per amor della pace. Mercè questo scopo interno le violenze della guerra vengono frenate e mitigate.

Quanto più puro e vivo penetra nella coscienza delle nazioni il pensiero, che l'importante si è, di piegare la volontà dello stato, e che l'ultima meta della guerra è la durevole pace; tanto più cotesto pensiero impone di far sparire ciò che è effetto più dell'eccitata passione e dell'avidità degl'individui che della necessità dello scopo. In questo indirizzo sta il contenuto etico, che il progressivo diritto internazionale di guerra riconosce e garentisce. In questo intendimento la forza armata attiva, quale strumento proprio della guerra, si distingue dal ri-

Digitized by Google

manente della popolazione contro cui si guerreggia. Mentre il guerreggiante imprende a distruggere la forza armata nemica, mercè la quale lo stato fa valere la sua volontà, poichè è appunto questa volontà che egli vuole soggiogare; si astiene, secondo il diritto di guerra che comincia a valere, dalle violenze contro singoli privati, come tali, perciocchè neppure negli stati democratici la volontà dello stato risiede nei singoli cittadini. Certo che i limiti non possono designarsi esattamente; perciocchè la volontà venendo piegata dal timore, e ciò che accade agl'individui non mancando di fare impressione nel centro del tutto; ne avviene che il terrore incusso agl'individui può contribuire a paralizzare la volontà dello stato, e che una sconfitta recata al commercio, indipendentemente ai vantaggi che un'altra via commerciale può offrire alla propria nazione, può sensibilmente colpire le risorse dello stato nemico. Questi effetti indiretti però non staranno mai in tale rapporto col diretto (di vincere cioè la forza armata dello stato), da rendere necessarii i maltrattamenti e le spogliazioni di individui senza difesa.

Per gli stati, che portano seco la coscienza del principio etico, sarà sempre di grave importanza per lo scopo della guerra, di non formare dei soldati altrettanti masnadieri, o peggio ancora di eccitare e sanzionare negli individui la rapace avidità, come avviene allorquando si danno a persone private lettere di pirateria per fare in piccolo la guerra contro la proprietà degl'individui in nome dello stato bensì, ma per conto individuale del pirata; o quando nei tribunali di presa si abusa dello stesso diritto per accordare ai corsari la presa dell'altrui proprietà. Una caratteristica del nuovo modo di far la guerra sta in ciò, che ogni potenza belligerante raccoglie le sue forze in grandi masse e le mette a fronte di altre grandi masse, e con ciò s'impedisce per sè stesso la piccola guerra contro gl'individui. Nondimeno quando ad uno stato marittimo manchi la forza di mare, esso ricorrerà sempre in caso di guerra marittima a pirati e corsari.

Nella storia della prigionia di guerra evidentemente si mostra, come il concetto interno della guerra, che sta nel piegare la volontà dello stato, si manifesti sempre più precisamente, e come sempre se ne attenuino gli effetti secondari contro gl'in-

Digitized by Google

dividui. Ciò che dapprima non era che opera di compassione o di magnanimità individuale, divenne a poco a poco, a misura che si riconobbe lo scopo speciale, costume ed uso universale di guerra. Secondo l'antico diritto delle genti era prigioniero di guerra chiunque cadesse in mano dell'inimico, sia che fosse armato, sia che fosse disarmato, sia che combattesse e sia che no; e il prigioniero di guerra poteva uccidersi o vendersi a guisa di uno schiavo. La guerra era una guerra di popoli fatta tanto contro agl'individui che contro al capo dello stato; e ciò che contribuiva a moderare il furore dei combattenti e a indurre a risparmiare la vita non era che la speranza di rendere schiavi i prigionieri. Nel medio evo la crudeltà arrivò all'eccesso: e la chiesa persino dovette proibire di fare schiavi i cristiani (1179). Secondo il diritto di guerra di oggidì la prigionia di guerra si limita a coloro, che appartengono alla forza armata nemica; e il nemico, che è disarmato, viene privato della sua libertà al solo scopo di esser reso innocuo. Oltre a ciò anche tra nemici si apprezza il valore e il proprio dovere adempiuto nel combattimento. Lo spirito universale del diritto di guerra è diventato con ciò più cavalleresco.

Un significato consimile ebbe l'impulso dato nel 1863 da un congresso in Ginevra allo scopo, che fra le nazioni belligeranti fosse dichiarata neutralità per i lazzaretti e per gli ospedali di guerra, non che pel personale sanitario, per gli assistenti volontari, per gli abitanti del paese che vengono in aiuto dei feriti e pei feriti medesimi. Con ciò il diritto di guerra concede sul campo di battaglia un diritto di pace ai feriti, alle vittime delle lotte internazionali. Già si son presi in quest'indirizzo degli accordi, e il diritto internazionale, che si va formando, viene per tal modo a compiere in se il concetto proprio del diritto, ristabilendo e garentendo le condizioni universali, mercè le quali il principio etico nella sua forma più nobile, amore attivo verso amico ed inimico, diviene possibile.

I dritti di proprietà nel fatto del bottino stanno in un rapporto consimili ai prigionieri di guerra. Nei tempi antichi, quando le guerre erano di distruzione, e combattevano piuttosto popoli

Digitized by Google

contro popoli che stati contro stati, l'idea del bottino era estesa su tutto ciò che si toglieva al nemico; nei tempi moderni esso si limita principalmente a ciò che la potenza belligerante porta seco. Nelle Pandette si trova la sentenza del giureconsulto romano Celso, che la proprietà dell'inimico, la quale trovasi in nostra mano, si spetta non già allo stato ma a coloro che la prendono (Dig. XLI, 1, 51: *Quae res hostiles apud nos sunt, non publicae sed occupantium fiunt*). Se questo pronunziato s'intende della proprietà privata dell'inimico che è nel nostro paese (*apud nos*) e non del bottino fatto in campo, la regola sarebbe pericolosa in rapporto ai propri cittadini, poichè essa insegnerebbe a infrangere fiducia e fede e a trar partito dalla congiuntura dei pubblici rapporti per illegittimo proprio vantaggio. Quanto più i paesi si raggruppano pei loro bisogni e i loro prodotti, sicchè i privati dell'un paese debbano fondarsi sui privati dell'altro; tanto più è necessario che la fiducia e la fede si generalizzino inalienabilmente nel mondo. Fatta anche astrazione da guerra o pace, ogni stato ha un interesse ad educare i suoi cittadini alla fede in ogni trattato. È quindi da rigettarsi l'uso che vigeva nei tempi passati, che, sorgendo una guerra, i crediti e le cambiali del paese nemico fossero riguardati come perenti o dichiarati nulli dalle autorità. La vera moralità richiede di eccitare il meno che sia possibile l'individuo, come tale, ad una guerra contro gl'individui.

Poichè nel diritto reciproco degli stati si tratta solo del riconoscimento delle volontà, che vi sono obbligate; così ne consegue, che il paese conquistato durante una guerra non diviene per questo fatto stesso proprietà del vincitore, ma ogni conquista tende solo a costringere la volontà dello stato mercè la perdita sofferta nei suoi mezzi; e soltanto alla conclusione della pace, quando le volontà si accordano, può aver origine un diritto di proprietà. Da ciò derivano delle condizioni essenziali sul modo, come debbesi trattare nei suoi rapporti giuridici un paese conquistato in guerra.

Se secondo tutti questi indirizzi il diritto di guerra resta in ogni singolo caso senza la protezione di una potestà superiore (§ 224), e se la guerra nella sua passione e nel bisogno del

Digitized by Google

momento trascina a frangere il diritto che tende ad elevarsi dallo stato selvaggio; il custode degli usi e dei diritti di guerra determinati nelle conclusioni della pace non rimane che l'onore nazionale e la paura delle rappressaglie che possono subirsi nelle vicende della guerra. Nel diritto internazionale il principio di universalità va sempreppiù acquistando forza ad onta del notato difetto di una forza moderatrice, e va sorgendo un diritto, il quale ha già una forza mercè il suo pensiero.

§ 231. Il diritto di Neutralità s'innesta al diritto di guerra come un dritto della pace. Neutrale (*medius in bello*) è quello stato, che dichiara di non prendere alcuna parte alla guerra, e pertanto sta in pace con ambedue le potenze belligeranti, e con nessuna delle due in guerra. L'esigenza del diritto di neutralità deriva dalla riconosciuta personalità dello stato, e dalla libertà della sua determinazione. Senza il diritto di neutralità lo stato autonomo sarebbe ogni momento minacciato dai dissensi altrui, e dipenderebbe nella sua storia dall'altrui velleità di guerra. Quindi lo stato oppone ad ogni pressione per avvilupparlo nella guerra contro sua voglia il *nolle me tangere* della sua forza. Dal concetto della volontà personale insita allo stato e senza bisogno di alcun'altra base, per esempio di un trattato, per esistere, il diritto di neutralità conserva un asilo alla pace, limitando il campo della guerra, focolaio di passioni. Dal riconoscimento della volontà neutrale debbono derivarsi i diritti e i doveri, che reggono tali rapporti.

Mercè la neutralità i diritti della pace, per esempio del commercio, continuano senz'alterazione tra neutrali e neutrali, dovendo però tra i neutrali e i belligeranti limitarsi in tutto ciò, che l'esercizio dei medesimi racchiude qual cosa che cangi il neutrale in partigiano. Il dovere dei neutrali è corrispettivo al loro dritto, e l'adempimento del dovere è la condizione del dritto. Ogni aiuto o rinforzo di guerra che il neutrale concedesse ad una delle parti belligeranti, e il libero adito sul proprio territorio contraddirrebbe al concetto della neutralità. Lo stato neutrale è pertanto in dovere di astenersi da tutto ciò che favorisca una delle parti belligeranti e nuoccia all'altra; e deve badare acchè la linea di confine del suo territorio sia rispettata.

Digitized by Google

Da ciò nasce precipuamente il dovere pei neutrali d'imporsi una restrinzione nel commercio. Essi non potranno nè recare materiale di guerra, nè assumere il trasporto di truppe. Tutto ciò, che in questo rapporto viene escluso dal commercio dei neutrali, viene designato nel diritto internazionale col nome di Contrabbando di guerra. Il concetto è necessario, ma la sua estensione è controversa. Per favorire la libertà di commercio si cerca di restringere la estensione del contrabbando, e si vorrebbe escludere da esso quegli oggetti che non hanno colla guerra un rapporto di fatto, ma soltanto un rapporto possibile. La parte belligerante, che se ne crede danneggiata, cerca per lo contrario di estenderlo; essa vi include, per esempio, i materiali che forse potrebbero essere adoperati per la guerra, come ferro, rame, legname da costruzione navale, cavalli, vettovaglie di ogni genere, spedizione di danaro contante ecc., cose alle quali essa appone senz'altro una destinazione ostile. Nell'arbitrarietà del concetto e nell'esecuzione di esso il commercio neutrale soffre gravi danni. Che la parte belligerante abbia il diritto d'impedire il contrabbando di guerra, mercè il quale viene lesa la neutralità, non v'ha questione di sorta. Ma se essa cangia questo diritto di difesa in diritto di punizione, se punisce colla confisca il contrabbando di guerra, sottoponendolo ad un processo mediante un tribunale di presa; allora il principio della pena, anzicchè sulla difesa di fatto, può essere basato soltanto sulla conseguente supposizione, che lo stato neutrale come tale abbia vietato ai suoi sudditi di favoreggiare le parti belligeranti; però l'esecuzione di un tale giudizio mercè tribunali di presa stranieri e nemici è contraria alla giustizia dovuta ai neutrali. Il diritto d'impedire il così detto contrabbando di guerra trae con sè nel diritto marittimo anche quello di arrestare un bastimento commerciale e di perquisirlo. Ma perchè il disturbo, che per tal fatto inevitabilmente vien sofferto dal commercio, non trasmodi in ingiusto arbitrio, nè possa esserne abusato per distruggere il commercio dei neutrali; il concetto del così detto contrabbando di guerra dev'essere rigorosamente limitato, ed esattamente fissata la estensione marittima, entro a cui si possa

Digitized by Google

esercitare il diritto di perquisizione, e creare un tribunale giudicante estraneo alle parti.

Se il concetto di contrabbando di guerra nasce naturalmente dal rapporto dei neutrali, non consegue punto da ciò che la nave di una nazione neutrale non possa trasportare veruna merce dell'inimico. Non v'è nessun motivo di limitare il commercio dei neutrali, quando non lede la neutralità istessa. È quindi giusto, che la bandiera neutrale copra la merce. In generale il concetto di merce nemica, mercè il quale la proprietà di un suddito che appartiene allo stato nemico viene dichiarata preda marittima, è di una importanza assai dubbia. Laonde allo stesso modo che nella guerra di terra il concetto di guerra si è a poco a poco limitato, dovrà altresì restringersi il concetto di preda marittima, in cui si racchiude ancora un certo che di pirateria. Egli è un inizio di riflessi più elevati, che certe imprese del nemico che hanno uno scopo comune a tutti i popoli civili e che per ciò debbono essere oggetto di una sollecitazione comune, per es. le spedizioni scientifiche, sieno riguardate come neutrali, e possano quindi liberamente seguire la loro via. Se col togliere le merci nemiche si ha in mira di distruggere il commercio della nazione nemica e di trarre vantaggi pel proprio, allora la guerra si fa propriamente contro privati in prò di privati, si strappa cioè il commercio ai privati stranieri per darlo ai propri. Indirettamente questa caccia alla preda marittima può servire a spandere il terrore nel paese nemico, ed a piegare la sua volontà; quindi sarà difficile di togliere questo pretesto all'intento che si cela nella guerra marittima, di dare un corso più favorevole al commercio. Però è una evidente contraddizione di avvolgere il commercio dei neutrali in una tale sconfitta. Nel modo come stanno le cose, non ancora il concetto di una neutralità immolestata ha raggiunto il suo dritto, sebbene i trattati di pace tentino a migliorarlo. La forza fisica predomina, e i precetti, che essa annunzia come sue massime, stanno in luogo di leggi permanenti. Chi è avvolto nella lotta, tira tutto a sè, ed è inclinato a stimare soltanto quello, che fa causa comune colla sua passione, e poco chi vuol star sene spettatore. Quindi il diritto dei neutrali abbisogna di una

Digitized by Google

forte garenzia, di una strenua difesa di chi n'è colpito e della pronta azione di tutte le potenze neutrali, in cui ciascuna sia per tutte e tutte per ciascuna. Soltanto quando il diritto dei neutrali diviene nei belligeranti un punto d'onore, si avrà un segno, che nell'umanità la pace e la giustizia prevalgono alla violenza e all'egoismo.

Ann. La storia del diritto internazionale nella guerra marittima, e specialmente il diritto dei neutrali sul mare, è molto istruttivo pel contenuto etico del diritto che va formandosi e ampliandosi; perciocchè a misura che i belligeranti rispettano il diritto dei neutrali, rispettano altresì la persona dello stato straniero e la pace in mezzo alla guerra.

Il dritto antico delle genti non aveva pei neutrali nè un nome nè un diritto. L'antichità conobbe bensì coalizioni di nazioni marittime; ma furono rapporti tra nazione e nazione che la guerra non rispettava. I diritti dei neutrali presuppongono essenzialmente un più stretto legame fra gli stati e questo legame nei tempi moderni è divenuto il custode del diritto. Quando sul finire del medio evo le nazioni e le città commerciali circondarono particolarmente il mediterraneo, si formarono colà le prime regole sul modo di contenersi verso i neutrali. Il *consolato del mare*, usi marittimi dei paesi del mediterraneo, raccolti a Barcellona verso la metà del secolo XIV, che stanno ancora a base dell'*ordonnance de la marine* di Luigi XIV (1680), contiene i primordi di questo diritto marittimo. Ancora domina l'egoismo del più forte. Le potenze marittime, come la storia dei secoli dimostra, abusano delle guerre marittime per rovinare il commercio dei neutrali, coi quali sono pure in pace, e per attirarlo nelle proprie mani, ed esercitano questo mestiere da pirati sotto il nome di diritto. A ciò servono le navi dei corsari mercè le quali organizzano in alto mare una guerra di privati contro privati, chiamano diritto la preda e legalizzano ogni crudeltà. Allo stesso scopo serve la grande estensione che si dà al concetto di contrabbando di guerra. La pratica degli Inglesi nel secolo scorso vietava ai neutrali oltre alle munizioni, alle armi e ai cannoni, non solo il trasporto di legname da costruzione, di cordami, di tela da vele, di ferro grezzo, di piombo, di catrame e di pece, ma ancora di granaglie, di vettovaglie e persino di vestimenti; di maniera che alle navi neutrali non rimaneva da

Digitized by Google

caricare che appena la zavorra, e la loro navigazione era quasi morta fino alla pace 1). Altri adunque facevano la guerra a spesa dei neutrali, e si arricchivano colle relazioni commerciali dei medesimi. Allo stesso scopo viene conservato e sconvenevolmente esercitato il diritto di visita per iscoprire contrabbandi di guerra o merci nemiche. Le merci ne soffrono, e il commercio viene distrutto. Per lo stesso scopo si abusa della giustizia, istituendosi nel paese dei corsari dei tribunali di preda, i quali sentenziano a vantaggio di questi e del commercio nazionale, o per lo meno, nel caso più favorevole, cagionano al commercio del bastimento neutrale predato un lungo e dannoso ritardo. Contro questo stato di cose furono nel secolo XVII e XVIII conchiusi de' trattati fra singoli stati per ottenere favori contro un' ingiustizia, che passava per giustizia. Gli stati anseatici, ad esempio, si procurarono fin dal 1464 in diverse epoche e da ultimo nel 1655 dei privilegi contro le leggi marittime francesi, e le navi anseatiche furono libere, ancorchè avessero a bordo merce nemica. L' Inghilterra riguardava fino nello scorso secolo come privilegio ogni concessione accordata ai neutrali, per esempio, il riconoscimento della proposizione: libera nave libera merce. Il diritto viene accordato soltanto come un vantaggio di rincontro ad altri vantaggi.

Il diritto naturale contribuì ad un convincimento migliore e ad uno sviluppo più giusto del dritto. Primo fra tutti venne Ugo Grozio col suo *mare liberum* (1609), idea madre di molte conseguenze e del corollario del libero commercio (cap. 8). Il diritto romano non dava a quest' idea che un debole sostegno; perciocchè dig. XLVII, 10. § 3 e § 7: *et quidem mare commune omnium est et litora sicut aer*, è solamente una espressione generale in occasione della questione, se si possa impedire altrui di pescare in mare. Fra la pesca e il mare libero ci corre ancora una grande differenza. Bynkershoek (*de dominio maris* 1702) limitò la proprietà del mare alla proprietà della costa fino al tiro delle armi — *potestatem terrae finiri ubi finitur armorum vis, etenim haec, ut diximus, possessionem tuetur* (cap. 2. conf. 7), e questa sua opinione venne accolta (ved. sopra § 93 Ann.). Samuele Coccejo nel suo diritto naturale (*Elementa justitiae naturalis et romanae* 1740) parla al § 789 dei doveri dei belligeranti verso i neutrali, e presenta un altro lato del

1) L. Gessner *le droit de neutres sur mer*. Berlino 1865. pag. 36 e seg.

Digitized by Google

concetto di neutralità. I belligeranti non vedevano fin' allora nel neutrale, che uno il quale, perchè fosse veramente neutrale, non doveva arrecare al nemico nessun vantaggio commerciale. Il Coccejo per lo contrario vedeva nel neutrale uno, cui la guerra per nulla interessa, e che perciò non doveva essere sturbato nei suoi liberi movimenti e nel suo diritto, per esempio, nel commercio. Quando fin dal 1745 Federico il Grande senza forza di mare, senza flotta, difese il diritto del suo stato neutrale nella guerra marittima; quando fin dal 1752 nella causa di bastimenti prussiani maltrattati e danneggiati e in difesa del sequestro posto sui capitali inglesi di un debito della Slesia allo scopo di usare rappresaglia furono scambiate delle note coll' Inghilterra, il governo prussiano trasse sotto la guida di Samuele Coccejo delle conseguenze giuridiche dal concetto del mare libero e comune a tutti i popoli, e contrastò la legalità dei tribunali di presa inglesi pei bastimenti prussiani, poichè il bastimento in alto mare solca uno spazio, che non è soggetto alla corona d'Inghilterra.

Fu un bell' esempio, quando Federico il Grande in opposizione a semplici concessioni, ad accordi per trattati o ad arbitrî sanzionati, si fece campione della ragione della cosa, e chiese un riconoscimento generale a ciò che è per sè un diritto, (conf. la relazione dell' Autore: *Friedrichs des Grossen Verdienst um das Völkerrecht im Seekrieg*. Rapporto mensile dell' Accademia delle Scienze 1866 pag. 29 e seg.). Ma ciò che Federico ottenne colla prudenza e coll' ardire in un sol caso rimase un fatto isolato. Occorreva l' energia di una forza comune, perchè la ragione venisse ascoltata dai più forti. Durante la guerra d' indipendenza dell' America Settentrionale le potenze marittime aumentarono le noie al commercio neutrale. Allora Caterina II organizzò nel 1780 una neutralità armata fra gli stati, e da lei incomincia il nuovo indirizzo in cui entrò il diritto internazionale universale, il quale passò dagli accordi speciali ad un riconoscimento generale. Fu stabilita la norma che i bastimenti neutrali potessero navigare da un porto all' altro e lungo le coste senza disturbo. Un porto è bloccato e quindi interdetto ai neutrali, soltanto quando vien chiuso realmente da navi da guerra di quella potenza che inibisce l' approdo. Ad eccezione del contrabbando di guerra, la bandiera neutrale covre per tutto il resto la merce nemica; e contrabbando di guerra sono dichiarate soltanto armi e munizioni. A queste disposizioni fondamentali aderirono a poco a poco tutte le potenze ad eccezione dell' Inghilterra che vi si oppose·

Digitized by Google

Gli sforzi comuni avevano ormai una meta, e la coscienza giuridica un centro. Però nelle guerre della rivoluzione francese si ricorse nuovamente all' antico rigore. Napoleone I disconobbe col blocco continentale il diritto dei neutrali, e dichiarò dei blocchi, sebbene non esistessero punto in fatto, per potere appropriarsi di tutte le navi dei neutrali che si recavano ai porti nemici o che da essi venivano; e intanto non vi erano neutrali che potessero unirsi per resistere contro e opporsi. Chi aveva la forza, aveva il diritto, perchè questo non aveva una forza per sè, e l' ingiustizia rimaneva padrona del campo. Nella lunga pace s' imparò a rispettare le occupazioni pacifiche, le quali sono la condizione dello sviluppo dei popoli, e stringono maggiormente il vincolo di pace. Perciò nella guerra di Crimea del 1854 le potenze belligeranti rinunziarono di corseggiare, e ai neutrali furono fatte delle concessioni; e ciò che durante la guerra fu provvisorio, divenne poi alla conclusione della pace nel congresso di Parigi del 1856 dritto delle grandi potenze europee. Le disposizioni su cui si andò di accordo furono le seguenti: il corseggiare è abolito; la bandiera neutrale covre la merce nemica ad eccezione del contrabbando di guerra; la merce neutrale, ad eccezione del contrabbando di guerra, non andrà soggetto a confisca anche sotto la bandiera nemica; i blocchi, per essere obbligatori, debbono essere reali, cioè a dire essere fatti da una forza sufficiente ad impedire l' adito alle coste. Nella guerra tra gli stati settentrionali e meridionali dell' America comparve di nuovo, primi i meridionali, il corseggiamento. L' America del Nord è disposta a rinunziarvi, qualora si stabilisca al tempo stesso che, ad eccezione del contrabbando di guerra, la proprietà privata fosse garentita dalla presa mercè le navi da guerra anche contro i sudditi o i cittadini degli stati belligeranti. Dopo la pace di Parigi del 1856 non sono veramente soggette alla confisca che le navi nemiche e il carico dei nemici che su esse si trova, rimanendo però sempre proprietà di privati. Non resta quindi a stabilire altro, che qualsiasi proprietà privata rimanga illesa dalla guerra, e possa viaggiare sicuramente pei mari 1). Nella stessa Inghilterra Cobden ha già levata una voce in favore

1) E. *Cauchy*, *du respect de la propriété privée dans la guerre maritime* nelle *sciences et travaux de l' académie des sciences morales et politiques*. Vol. 77. 1866. pag. 236 e seg.

Digitized by Google

di questo principio. Il concetto di contrabbando di guerra, elastico com' esso è, è relativo alle condizioni dell' armamento, ed ha bisogno di essere ben circoscritto, come si rileva dalla questione, se macchine a vapore sieno oppur no contrabbando di guerra. Quindi un congresso internazionale permanente in tempo di pace sarà necessario in questo come in altri rapporti pel possibile caso di una guerra, come recentemente avvenne nell' occasione dell'ultima guerra americana; affinchè all' irrompere della guerra esistano già disposizioni riconosciute e siavi una comune istanza d' appello per decidere tutte le questioni del diritto di guerra. Una istituzione di questo genere potrebbe effettuarsi mercè ambascerie permanenti. Il diritto marittimo ha d'uopo di una cooperazione comune e permanente, perchè sia rispettato e la prepotenza e la passione non ne abusi a capriccio. Tutto ciò che istituiscono i trattati internazionali nei più svariati indirizzi, tutto ciò che essi proteggono nelle attività della pace fra gli stati, spinge le sue conseguenze ai diritti di neutrali e alla necessaria sicurezza della protezione; perciocchè nel commercio tutte queste attività concorrono insieme. Il diritto dei neutrali è un riconoscimento della pace, e nell' eccezione un riconoscimento del diritto, il quale nell' umanità dovrebbe essere la regola 1). Quando il diritto, di neutrali progredisce ed acquista forza, dall' ingiustizia che valeva come dritto nasce il vero diritto, e il concetto del diritto (§ 46) evidentemente si completa.

§ 232. Ogni Conclusione di pace riafferma i diritti antichi e ne stabilisce dei nuovi. Quando in una conclusione di pace le nazioni non mercanteggiano che sul mio e tuo, quando prendono a base soltanto la situazione momentanea della fortuna delle armi e la natura permanente dei rapporti delle nazioni, esse dimenticano il grande significato di un trattato di pace, il quale dev' essere l' origine di un nuovo dritto, solo in quanto rivolge la forza attuale a difesa dei rapporti etici. Soltanto allora il nuovo diritto è veramente un diritto, quando (ciò che è la nozione del dritto) nei limiti che esso designa garentisce e promuove il principio etico. Se la pace fa violenza ai lega-

1) Bluntschli. — *Die Bedeutung und die Fortschritte des modernen Völkerrechtes.* 1866. pag. 62.

Digitized by Google

mi che uniscono lo stato, e in particolar modo alla nazionalità e alla religione dei popoli, se contiene più elementi di dissensioni che di concordia, se lacera ciò che è intimamente cresciuto, se impedisce lo sviluppo comune, se cela in sè un insidioso agguato; essa mette in contraddizione il diritto del trattato colle condizioni del suo adempimento e benanche col concetto dello stretto diritto. Spesso una tale pace non è che una tregua, e contiene sempre il germe di una nuova guerra. La vera pace dee servire alla prosperità di ambo le nazioni, deve contribuire all'organamento della umanità, e raffermare e rendere più umano il diritto internazionale. Senza di un tale scopo e contenuto il sangue umano si verserebbe inutilmente, e l'antica formula: *ut pax pia aeterna sit* non avrebbe alcun significato.

§ 233. Il compito della pace, di ripristinare i rapporti giuridici interrotti per le violenze della guerra, produce nel campo giuridico il così detto *jus postliminii*. Il diritto di repristinamento può riguardare in parte le persone, ad esempio i prigionieri, in parte le cose, ad esempio quelle prese in guerra, e in parte le leggi e i diritti di proprietà degli stati.

Finchè il prigioniero fu riguardato come schiavo, e la legge accordava dei diritti soltanto all'uomo libero e non allo schiavo; la reintegrazione dei prigionieri e il riconoscimento giuridico di ciò che durante la prigionia e da schiavi avevano disposto, presentava delle difficoltà, e inviluppava il diritto nelle sue conseguenti finzioni (confr. Grozio, *de jure belli ac pacis*. 1625. III. 9). Col concetto più umano dei prigionieri e con l'abolizione della schiavitù, anche il diritto di reintegrazione venne semplificato. I diritti privati del prigioniere non si estinguono; esso è considerato come se fosse assente. Quando il diritto non ha più da riconoscere la distinzione fra l'uomo libero e lo schiavo, quasicchè ciò fosse un dritto etico, anche le conseguenze di una tale distinzione scompaiono. Se il diritto romano non riguardava il romano libero fatto prigioniero che come uno schiavo privo di ogni diritto; ciò avveniva quasi come sprone politico di valore, acciocchè nessu-

Digitized by Google

no si arrendesse al nemico; e sotto tale aspetto vi traluce un motivo etico.

La reintegrazione dei privati nella proprietà delle cose diviene più generale a misura, che il concetto del bottino di guerra, pel quale la cosa cangia a dirittura di padrone e che è un avanzo dell'idea che gli stati facciano la guerra anche ai privati, va restringendosi.

La reintegrazione dell'antico ordine giuridico nello stato o in una parte di esso, dopocchè un conquistatore vi abbia esercitato degli atti governativi, è congiunta a maggiori difficoltà; ed è quistione, fino a qual punto gli atti governativi, imposti da una dominazione interinale in seguito ad una guerra, sieno obbligatori per il sovrano legittimo restaurato. La considerazione generale, che il diritto vorrebbe stabilire, è oscillante in questa questione, perchè il principio etico, il cui determinante contenuto il diritto dovrebbe garentire, è divenuto dubbio e difficile a distinguersi; essa mena ad incertezze, simili a quelle che riguardano la questione sullo stato giuridico in un interregno prodotto da una rivoluzione (§ 216). Il pro' e il contro ivi accennato si applica facilmente al caso presente, e non lascia luogo ad una prestabilita norma sicura e generale. Da un lato si ecciterebbe il governo interinale ad usare maggiori arbitrii, quando fosse anticipatamente stabilito che tutti i suoi atti saranno riconosciuti; laddove quando fosse incerto fino a qual segno i contratti del governo interinale saranno validi per l'avvenire, esso sarebbe impedito nelle sue imprese e nei suoi affari giuridici, e si starebbe cauti ad aver che fare con esso. Nell'incertezza rimarrebbe quindi una tacita opposizione contro l'arbitrio, per esempio per la vendita di beni dello stato e per prestiti per conto della provincia conquistata. È d'uopo che nei sudditi rimanga il sentimento dell'autorità illegittima impostasi per violenza. D'altra parte la provincia, dalla quale la guerra ha cacciato l'autorità legittima, ha bisogno di una autorità, e gli abitanti debbono piegarsi all'autorità di fatto. In particolare quando le leggi e gli atti governativi non hanno di mira gl'interessi del dominatore interinale ma il bene del paese, quando per esempio il debito contratto era neces-

Digitized by Google

sario pel paese stesso e fu impiegato per l'entità dello stato; ei diviene ingiusto e indecoroso di rifiutarne in seguito il riconoscimento. Se in tal modo i motivi generali possono essere tirati per un verso e per l'altro, dipenderà dalla forma particolare dei fatti, per decidere equamente che cosa meriti di essere riconosciuto e che cosa no. È compito di una accorta pace di non abbandonare tale determinazione al giudizio di una delle parti, ma di stabilirla di comune accordo.

§ 334. Nei reciproci rapporti degli stati gli Ambasciatori (diplomatici) esercitano una funzione speciale, e dall'idea di questa nasce un dritto speciale, il diritto diplomatico. Nel semplice incarico di un ambasciatore, che abbia uno scopo speciale, per esempio, quello di formare una lega, di conchiudere una pace ecc., si è già dagli antichi tempi inclusa una idea etica di diritto, che sta a base per tutti i tempi ai rapporti degli ambasciatori, per quanto questi rapporti divengano più vasti con la storia che collega i popoli. In particolare si riguarda nell'ambasciatore anche in tempo di guerra l'idea della pace, come la sola che abbia un diritto di essere. Se gli ambasciatori non fossero inviolabili, nessuno assumerebbe di riannodare i legami della pace. Da che vi esistono ambasciatori permanenti si è formato, come norma di questo dritto, la finzione della così detta Estraterritorialità. I rappresentanti degli stati sovrani, sebbene sotto la protezione dello stato da cui sono inviati, sono nondimeno sottratti all'autorità dello stato di quel paese, e responsabili soltanto al proprio; essi sono riguardati nel paese straniero come se fossero nel proprio. Senza di una tale indipendenza all'ambasciatore mancherebbe non solo la dignità ma ancora la libertà di far uso della sua plenipotenza in pro' di ambo gli stati. Da questo diritto generale deriva come conseguenza la inviolabilità dell'ambasciatore e della sua abitazione, e la sua indipendenza dai tribunali del paese, ov'è inviato.

Di cotali eminenti diritti l'ambasciatore gode in causa e in pro' dei suoi doveri. Anche qui i diritti e i doveri scaturiscono dalla medesima idea; e l'idea della missione diplomatica si eleva all'altezza, a cui la storia nel suo dramma mondiale de-

Digitized by Google

stina le parti e le sorti dei popoli che vi agiscono. Se la missione dei diplomatici, che garentisce ed equilibra i rapporti degli stati, si comprende nel suo senso più elevato, essa lavora pel sommo dei problemi, l'organamento dell' umanità. Compenetrato degl' intimi rapporti della sua patria, l' ambasciatore tiene rivolto il suo sguardo di uomo di stato all' estero, e nel movimento degli stati tende a procurare al proprio il posto che gli compete. La sua grandezza sta nel suo compito, di rappresentare nel paese straniero quell' uomo grande e multiforme che chiamiamo stato, difendendo i suoi connazionali, promuovendo i loro rapporti, vigilando sui trattati, sviluppando il diritto fra i due stati, procacciando rispetto e onore alla sua patria, e scovrendo e scongiurando tutto ciò che politicamente le fosse avverso. Il terreno, su cui poggia, è il diritto del proprio stato; e da questo egli cerca di elevare e di aumentare nel commercio dei popoli le condizioni etiche della vita della sua patria, e per tal modo di conquistare mercè il dritto un nuovo contenuto al diritto. Mentre deve adattarsi ai mutamenti delle cose, egli preserva fermamente, come suo unico scopo, la salute e l' onore della sua patria. Il suo compito è difficile, perchè personale. Spesso la grande politica si avviluppa coi sentimenti più personali di coloro che sono al potere, colle simpatie e le antipatie, col loro sentimento di dignità o di vanità, con l' ambizione degli uomini e cogl' intrighi delle donne, colle astuzie della debolezza e coll'arronganza della forza; e dal fosco e cieco fondo di queste passioni, che a vicenda si impediscono o si collegano, essa trae una parte delle sue forze. Qui sta il compito del diplomatico. Egli lavora per conoscere come da tale confusione possa sorgere il bene comune; e, per contribuirvi, gli fa d' uopo di uno sguardo penetrante, di una volontà ferma e di un chiaro carattere generalmente rispettato. Rigoroso custode del segreto, ei deve penetrare nei segreti altrui, per non essere sorpreso dagli eventi; perciocchè una delle sue incompense si è di scandagliare l'acqua navigabile della politica in pro' del pilota del proprio stato. Col suo compito nazionale il diplomatico si muove in sfere, le quali si spogliano della loro individualità nazionale, appunto

Digitized by Google

perchè vi concorrono i rappresentanti delle più diverse nazionalità; egli si aggira in un mondo, in cui in luogo della cosa domina il simbolo, dove la singola persona non è già il principe, ma un suo rappresentante, dove in luogo della forza vale la precedenza, in luogo del saluto a viva voce un levigato biglietto di visita, dove l' uomo di piccola mente, cangiando la cosa col segno, appaga il suo desiderio colla forma del cerimoniale, dove chiamasi finizza il far valere l' ambizione e la vanità senza eccitare malumori. Or bene il diplomatico deve in questa finezza conservare la originarietà del suo carattere e rappresentare in mezzo a queste forme pulite il lato buono dell' entità nazionale; ei deve sfuggire colla prudenza di stato l' astuzia volgare, cercare negli affari di stato ciò che vi ha di grande e di speciale, evitare l' affaccendarsi, che nelle cose piccole sembra grande, attraversare la via all' astuzia e alla menzogna, pur serbandosi retto e verace, e non mai intorbidare le cose per proprio vantaggio: ei deve in una parola cercare l' onore della patria in tutto ciò che è giusto e chiaro.

L'ambasciatore in grazia di un compito così grave, ha dei diritti, che nessun altro cittadino e nessun altro organo dello stato possiede. Però quando stravolge l' idea di tale ufficio, quando sotto l' egida di una posizione assolutamente libera nella terra straniera egli si dà ad intrigare, e sotto l' ipocrita apparenza di patriottismo cela la sua venalità, basta che ciò sia noto, perchè venga giudicato. Una vana maestria nel cerimoniale diplomatico diviene di per sè stessa ridicola. Le leggi, le quali, onde preservare il principio etico, sono sempre rivolte ad impedire l'abuso dei diritti e il degenerare degli uffizi, di rado possono venire applicate in queste sfere.

Il diritto di estraterritorialità, i cui limiti sono difficili a determinarsi, e che ha in sè la tendenza di estendersi fino ad esercitare una propria giurisdizione, non può a meno di venire talvolta in conflitto col diritto e l'autorità del paese in cui viene esercitato. In siffatti punti di incrociamento di due sistemi giuridici deve decidere un diritto superiore ad entrambi. Però ciò è impossibile stante la natura sovrana degli stati. Onde in tali circostanze non rimane che una negoziazione, ovvero una do-

Digitized by Google

glianza presso lo stato che ha mandato l'ambasciatore, o una rottura delle relazioni diplomatiche.

Lo spirito della diplomazia è il medesimo di quello che regge la politica delle nazioni. Quando la vita degli stati diventa più ampia e chiara, la diplomazia altresì si rinnova nel medesimo spirito, e dalla nobiltà ed importanza della diplomazia si potrà giudicare il progresso che fa il principio umano negli stati e nella loro comunanza.

§ 235. Egli è possibile che dopo secoli e milleni una considerazione filosofica, partendo dall'individuo e proseguendo per la famiglia e le corporazioni, giunga ad un diritto dei popoli, e si chiuda col Diritto dell'umanità organata (§ 218). Per ora cotale idea profetica non esiste che nello spirito del filosofo, ed egli non l'intravede che nella prospettiva più lontana dell'istoria. La storia universale progrediente è la progressiva realizzazione dell'uomo nella molteplice varietà delle sue forme. Ciò che trovasi in germe nell'uomo razionale, tutte le possibilità che il genere umano in sè contiene, deve svilupparsi per ogni verso, e giungere ad attività effettiva in tutti i gradi e in tutte le forme in cui l'idea della natura umana possa accordarsi colle condizioni della terra. Questa perfezione ognor crescente dell'uomo nella storia, dell'uomo che porta in sè l'immagine di Dio, si compie soltanto col reciproco completamento dei popoli, i quali arrecano ciò che di meglio vi ha in loro, e accolgono ciò che di meglio vi ha negli altri così dei beni materiali che dei morali; perciocchè le nazioni che vivono isolate sono pressochè abbandonate come masse in balìa della natura.

In questo senso l'umanità tende ad unificarsi, e formerà forse un giorno un solo individuo, le cui membra eserciteranno le loro funzioni speciali in pro' della vita unica di tutti. Allora soltanto il concetto del sistema degli stati avrà un significato organico; mentre per ora ha soltanto un significato meccanico, un significato di equilibrio esteriore, di un termine opposto fra la facoltà di resistenza degli stati, di opposizione alle loro tendenze. Soltanto nella umanità, come un solo individuo, potrebbe esistere la pace eterna, per modo che nel tutto e mercè il tutto venga appianata l'ingiustizia degli organi. Soltanto allora

Digitized by Google

spunterebbe l'età dell'oro del diritto, l'opposto della guerra di tutti contro tutti, che ebbe luogo nei primordi del genere umano. Non vogliamo indagare, se gli uomini possano mai desistere dalla guerra, in cui apprendono il valore, sentono la necessità dell'obbedienza ed esperimentano la rigorosa disciplina della subordinazione. La forza dovrebbe rivolgersi all'interno e manifestarsi nella lotta contro gli elementi e nell'assoggettamento della natura. Non indaghiamo ciò, perchè il tempo n'è troppo lontano.

E nondimeno la pace eterna fu fin dai primi tempi l'aspirazione degli uomini savi; ed essi la sperano, se l'uomo sarà buono. Il profeta Isaia (II, 2 e seg.) annunzia un tempo estremo, in cui i popoli trasformeranno le spade in vomeri e le lance in falci. Ma quel tempo verrà solo allora, quando il colle, su cui sta la casa del Signore, sarà il più elevato fra tutti i colli, e tutti cammineranno nella luce del Signore. Lo storico Zenone vede col pensiero un'età mondiale, in cui i popoli vivranno come un gregge sopra un pascolo comune sottoposti a comuni leggi; e un poeta stoico canta pieno di speranza persino di un'epoca romana: *Tunc genus humanum positis sibi consulat armis inque vicem gens omnis amet.* Kant scrive, che la condizione per una « pace eterna » sia che la politica divenga morale (nuova edizione 1796, pag. 96). La pace eterna deve provvenire dall'etica, e il diritto non contribuirà ad apportarla ed a mantenerla, se non in quanto esso stesso sia etico.

Ad onta della sorgente etica da cui scaturisce il dritto, la sua forza è limitata. Il potere del tutto lo costituisce per mantenere la sua esistenza etica e per istruire ed ammonire gl'individui, affinchè le attività, che alimentano la vita, lietamente prosperino entro i loro rigorosi limiti. Ma il diritto non raggiunge il suo scopo, se non è sostenuto dal sentimento morale degl'individui, e se già in loro non prepondera quel medesimo spirito etico, che esso imprende a garentire contro tutto ciò che gli fa contrasto. Il diritto recide le superfetazioni viziose, e con ciò invigorisce la vita sana, ma non può risanare da una malattia interiore. Quando la opposizione cresce rigogliosamente, il diritto rimane paralizzato. La dura scorza rimane, ma il

Digitized by Google

midollo, ch'essa dovrebbe garentire, deperisce internamente. Il diritto romano rimase, ma il popolo deperì. In Roma le leggi contro i guadagni illeciti furono violate dall'avidità dei magistrati, le *leges Juliae* dal vizio divenuto generale, la legislazione sui testamenti dai ricettatori; ed invano il diritto tentò di vincere il male. Il cancro corrode anche l'amministrazione giuridica, e alla legislazione manca il coraggio dei poderosi rimedi. Come il diritto nasce dalla tendenza etica del popolo a conservare l'esistenza etica, e diviene un organo *sui generis* (che senza essere una forza estranea al popolo, rimane in un'azione reciproca colla sua vita sana od ammalata, da quella coadiuvato da questa violentato);così esso può bensì essenzialmente contribuire a garentire e a rinnovare la sostanza etica, ma pur non basta ad arrestare l'interna rovina, la quale segue con accelerato movimento, quando gli organi depericono eticamente l' un dopo l'altro. Questa rovina del tutto è il giudizio di Dio, quando quello degli uomini è divenuto insufficiente contro gl'individui. I popoli periscono, quando si abbandonano alla natura, in luogo di conservare lo spirito etico ed ascoltare la voce del loro diritto.

Fino a che il popolo produce sani germogli, esso sente il suo dritto animato dal principio etico, e nelle leggi scritte presente quelle non ancora scritte. La sua fede nel suo buon diritto si immedesima in lui con la fede nel Dio di giustizia; e la sua fede non lo inganna, perciocchè l'antica sentenza ha un eterno valore: « tutte le leggi umane sono alimentate da una sola legge divina ».

Digitized by Google

Digitized by Google

INDICE

Prefazione alla Prima Edizione dell'Autore . . *pag.* VII
Prefazione alla Seconda Edizione dell'Autore. . » XI
Sommario. . . . . » XV
Introduzione del Traduttore . . . . . » XXIII
Introduzione dell'Autore . . . . . » 1

PARTE PRIMA

RICERCA DEL PRINCIPIO

A. Lato Etico del Dritto . . . . . » 9
B. Lato Fisico del Dritto (*Coazione*) . . . » 115
C. Lato Logico del Dritto (*Metodo del Dritto*) . » 149

PARTE SECONDA

RELAZIONI DI DRITTO DERIVANTI DAL PRINCIPIO

A. Relazioni di dritto dei singoli . . . . » 184
a) *Persona* . . . . . » ivi
b) *Proprietà* . . . . . » 192
c) *Commercio* . . . . . » 211
B. Dritto di famiglia . . . . . » 261
a) *Dritto matrimoniale* . . . . » ivi
b) *Dritto domestico* . . . . . » 282
c) *Dritto ereditario* . . . . . » 290
C. Lo Stato . . . . . » 309
a) *Lo Stato e la Proprietà* . . . » 339
b) *Gli ordini speciali nello Stato* . . » 348
c) *Il Regime (Autorità)* . . . . » 381
α) *Governo* . . . . . » 385
β) *Legislazione* . . . . . » 400
γ) *Amministrazione della giustizia* . . » 422
δ) *Forza armata* . . . . . » 445
d) *La Costituzione dello Stato* . . . » 453
D. Popoli e Stati . . . . . » 531

Digitized by Google

		ERRORI	CORREZIONI
pag. xxx	*ver.* 9	a determinare, perchè	a determinare, e
» 69	» 26	di tutta la morale	del tutto etico
» 82	» 27	ingiustia del capriccio	ingiustizia dell' arbitrio
» 85	»	legale	giuridico
» 94	» 21	negli sparsi casi	nelle sparse oasi
» 117	» 12	spirito morale etico	spirito etico
» 247	» 28	opposizione di prescrizione	eccezione di prescrizione
» 364	» 30	lanciarsi	lanciandosi

Oltre gli altri meno importanti

4.B.48
6/20/2.
Pagg. 319-326 mancanti
nell'esemplare.

Digitized by Google